

Dubbel werk!

Heroverweging na horen in de voorbereidingsfase en
in de bezwaarfase

Martin Oudenaarden

Studentnummer Open Universiteit Nederland: 837207033

September 2010

Inhoud

1	Inleiding	6
2	Rechtsstaat en rechtsbescherming	8
2.1	Rechtsstaat	8
2.1.1	Grondbeginselen	8
2.1.2	Waarom rechtsbescherming tegen de overheid?	8
2.2	Besluit en beschikking	9
2.3	Vorbereiding van een besluit	10
2.4	Bestuursrechtelijke rechtsbescherming	11
2.5	Europese rechtsorde	12
2.6	Afsluiting	14
3	De hoorplicht in het Nederlandse bestuursrecht	15
3.1	Algemene beginselen van behoorlijk bestuur	15
3.2	Zorgvuldigheidsbeginsel	16
3.3	Codificatie	17
3.4	Zorgvuldig onderzoek	17
3.5	Uniforme openbare voorbereidingsprocedure	18
3.5.1	Toepassing	18
3.5.2	Doel	19
3.5.3	Inhoud	19
3.6	Algemene hoorplicht	20
3.6.1	Wanneer geldt de algemene hoorplicht?	20
3.6.2	Doel	23
3.6.3	Inhoud	23
3.7	Hoorplicht in artikel 5:53 Awb	24
3.8	Hoorplicht in bijzondere bestuurswetgeving	25
3.9	Niet voldoen aan de hoorplicht	26
3.10	Afsluiting	29
4	De hoorplicht in de rechtsorde van de Europese Unie	30
4.1	Europese rechtsbeginselen	30
4.2	Verdedigingsbeginsel, het begin	31
4.3	Verdedigingsbeginsel, het vervolg	32
4.3.1	Van mededinging tot gewasbestrijding	32

4.3.2	Geschreven recht	33
4.3.3	Actuele situatie waarin de hoorplicht geldt	33
4.3.4	Afzien van horen	35
4.4	Inhoud van het verdedigingsbeginsel en de hoorplicht	35
4.4.1	Niet alleen hoorplicht	35
4.4.2	Inhoud van de hoorplicht	36
4.5	Op wie rust de hoorplicht?	37
4.6	Niet voldoen aan de hoorplicht	39
4.7	Afsluiting	41
5	Vervolg van de besluitvorming	42
5.1	Belangenafweging in het nationale recht	42
5.2	Heroverweging	43
5.2.1	Positie van het bestuursorgaan voordat het horen plaatsvindt	43
5.2.2	Wat is heroverweging?	44
5.2.3	Is er na de hoorplicht sprake van heroverweging?	45
5.3	Belangenafweging en heroverweging in het Europese recht?	46
5.4	Afsluiting	47
6	Bezwaar en beroep	48
6.1	“Maken van bezwaar”	48
6.2	Karakter en functies van de bezwaarfase	49
6.3	Heroverweging in de bezwaarfase	50
6.3.1	“Op grondslag van het bezwaarschrift”	50
6.3.2	Niet slechter worden van indienen van een bezwaarschrift (reformatio in peius)	51
6.3.3	Toetsing ex-nunc	52
6.4	De uitkomst van de heroverweging in de bezwaarfase	54
6.5	Beroep	55
6.6	Toetsing in beroep	55
6.7	De Europese kant van bezwaar en beroep	56
6.8	Afsluiting	57
7	Dubbel werk?	58
7.1	Overlap tussen hoorverplichtingen en de bezwaarfase?	58
7.2	Vergelijking van de uitgangspunten van de heroverweging in de bezwaarfase met de voorbereidingsfase	58
7.2.1	Volledige heroverweging	58

7.2.2	“Op grondslag van het bezwaarschrift”	59
7.2.3	Niet slechter worden van indienen van een bezwaarschrift (reformatio in peius)	59
7.2.4	Toetsing ex nunc	60
7.3	Afsluiting	60
8	Veranderen: effecten en wat	62
8.1	Effecten van het afschaffen van de bezwaarfase	62
8.2	Effecten voor het karakter en de functies van de bezwaarfase	62
8.2.1	Rechtsbescherming	62
8.2.2	Zeeffunctie	63
8.2.3	Verduidelijkingsfunctie	64
8.2.4	Leerfunctie	64
8.3	Andere effecten	64
8.3.1	Geen dubbele heroverweging	64
8.3.2	Kwaliteit van de besluitvorming	65
8.3.3	Snellere besluitvorming	65
8.3.4	Dejuridisering	65
8.3.5	Zwaardere belasting van het bestuur	66
8.3.6	Proceskostenvergoeding	66
8.3.7	Rol van adviescommissies	67
8.3.8	Voordelige en nadelige effecten	67
8.4	Invulling van een zwaardere hoorplicht	68
8.4.1	Informatie vooraf	68
8.4.2	Reactietermijn	69
8.4.3	Vorm van de reactie	69
8.4.4	Verlenging beslistermijn	69
8.4.5	Advies	70
8.4.6	Afronding	70
8.5	Conclusie	70
8.5.1	Bezwaarfase laten vervallen bij huidige hoorplicht	70
8.5.2	Bezwaarfase laten vervallen kan toch al!	72
8.5.3	Nog verder gaan?	72
8.5.4	Hoorverplichting afschaffen?	73
8.6	Rol van de bestuursrechter	73
9	Afsluiting	75

LITERATUURLIJST	76
-----------------------	----

1 Inleiding

“Weg met de bezwaarschriftenprocedure”, is de titel van een opiniestuk van Biesheuvel.¹ Hij betoogt dat bezwaar maken niets toevoegt als voor de totstandkoming van het primaire besluit veel contact is geweest tussen het bestuursorgaan en de belanghebbende. Het bestuursorgaan kent het standpunt van belanghebbende en andersom.

Soms is contact vooraf verplicht. Dit is het geval als het bestuursorgaan belanghebbende de gelegenheid moet bieden om zijn zienswijze kenbaar te maken. We noemen dit ook wel de hoorplicht in de voorbereidingsfase. Op 18 november 2008 wees het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen het arrest Sopropé. Het Hof sprak in dit arrest nogmaals uit dat het Europese recht een verdedigingsbeginsel kent. Een overheidsorgaan moet vooraf horen als het een bezwarend besluit wil nemen waardoor de geadresseerde aanmerkelijk in zijn belangen wordt getroffen.

Heeft het horen op Europees niveau tot gevolg dat overheidsinstellingen en belanghebbende twee keer min of meer hetzelfde doen? Met andere woorden, zorgt het horen er voor dat in één zaak, als belanghebbende later in bezwaar komt, twee keer wordt heroverwogen. Een keer na het horen en een keer in de bezwaarfase. En wat zijn de regels in ons nationale Nederlandse recht?

Een verschil van mening kan naar mijn mening maar het beste zo snel mogelijk worden opgelost. Uiteindelijk is dat het beste voor beide partijen. Het bespaart ze veel werk en ergernis. Als dan toch wordt gehoord in de voorbereidingsfase en dus alle standpunten wel zo'n beetje duidelijk zijn, kan de bezwaarfase dan in die gevallen niet beter verdwijnen? En is het wellicht niet beter om nog verder te gaan en de hoorverplichting uit te breiden ten koste van de bezwaarfase? De probleemstelling en centrale vraag van dit onderzoek luidt daarom **“moet de mogelijkheid om tegen een besluit bezwaar te maken niet worden vervangen door een altijd geldende en met waarborgen omklede hoorplicht bij de voorbereiding van het besluit?”**

Ik start in hoofdstuk 2 met een algemeen hoofdstuk over rechtsstaat en rechtsbescherming. In dit hoofdstuk komen ook de Europese rechtsorde en de inpassing van Europese regels in nationale procedures aan de orde. De hoofdstukken 3 en 4 gaan over de hoorplicht in de voorbereidingsfase. Eerst de nationale Nederlandse in hoofdstuk 3 en in het volgende de Europese hoorplicht als onderdeel

¹ Biesheuvel 1996, p. 930.

van het verdedigingsbeginsel. De eventuele heroverweging nadat het horen heeft plaatsgevonden staat centraal in hoofdstuk 5. Hierin leg ik de basis voor de vergelijking met de bezwaarfase. Deze fase en de eventueel daarop volgende beroepsfase komen in hoofdstuk 6 aan de orde. Ik ga uitgebreid in op de heroverweging in bezwaar en stel ook de wijze van toetsen in de beroepsfase aan de orde. De zowel in de hoofdstukken 5 en 6 besproken heroverweging komen samen in hoofdstuk 7 waarin ik op zoek ga naar het antwoord op de vraag of er werkelijk sprake is van min of meer dubbel werk. De conclusie van dit hoofdstuk 7 is vervolgens uitgangspunt voor hoofdstuk 8. Wat zijn de effecten van het eventueel afschaffen van de bezwaarfase? En wat zou er moeten veranderen om de hoorplicht beter te verankeren in het bestuursrecht? Ik zet mijn bevindingen tenslotte nog eens op een rij in hoofdstuk 9.

2 Rechtsstaat en rechtsbescherming

Het onderwerp van dit onderzoek speelt zich af binnen de rechtsstaat Nederland en binnen het rechtsstatelijk karakter van de Europese Unie. Ik besteed in dit hoofdstuk aandacht aan een tweetal aspecten van de rechtsstaat, n.l. de grondbeginselen en de rechtsbescherming. Vervolgens zet ik de stap naar de inrichting van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming in de Nederlandse rechtsorde. Hierbij komen ondermeer het besluit en het bezwaar en beroep aan de orde. De rechtsorde van de Europese Unie en de verbinding tussen het Europese recht en de nationale bestuursrechtelijke procedures zijn het sluitstuk van dit hoofdstuk.

Dit hoofdstuk is een inleidend hoofdstuk. Ik besteed daarom alleen aandacht aan de hoofdlijnen van de diverse onderwerpen.

2.1 Rechtsstaat

2.1.1 Grondbeginselen

Het is algemeen aanvaard dat overheidsorganen zich in een rechtsstaat hebben te houden aan een aantal grondbeginselen. Eén van die beginselen is het legaliteitsbeginsel. Het houdt in dat de overheid bij haar optreden binnen de grenzen van het recht moet blijven en dat aan haar optreden een wettelijke regeling ten grondslag moet liggen.²

Een tweede beginsel is het specialiteitsbeginsel. Het bestuursrecht is met het strafrecht het rechtsgebied bij uitstek waarin overheidsorganen een actieve rol hebben, bijvoorbeeld bij de heffing van belastingen en in de ruimtelijke ordening. De actieve rol is het gevolg van de toekenning van bevoegdheden. Overheidsorganen mogen die bevoegdheden alleen gebruiken voor het specifieke doel waarvoor ze zijn toegekend, het specialiteitsbeginsel.³

2.1.2 Waarom rechtsbescherming tegen de overheid?

Burgers en bedrijven moeten er op kunnen vertrouwen dat overheidsorganen zich aan de hiervoor genoemde grondbeginselen houden. Niets menselijks is de overheid echter vreemd. Een overheidsorgaan kan dus een fout maken. De wetgever maakt het

² Burkens e.a. 2006, p. 49.

³ Damen e.a. 2009, p. 56-61.

de uitvoerende overheidsorganen bovendien niet altijd makkelijk. Rechtsregels zijn vaak in algemene bewoordingen gesteld, het zijn open of vage normen.⁴ Aan de ene kant is dit begrijpelijk omdat de wetgever wil voorkomen dat bij iedere ontwikkeling in de samenleving of gewijzigd inzicht de regel moet worden veranderd. Aan de andere kant is dit lastig voor burgers omdat een overheidsorgaan bij het uitvoeren van de regel in zekere mate zelf kan beslissen welke inhoud het aan die regel toekent. De rechtszekerheid vermindert hierdoor omdat een burger vaak niet helemaal precies kan voorspellen welke beslissing de overheid in een concreet geval zal nemen. In vage rechtsnormen schuilt ook het gevaar van willekeurige toepassing en het gevaar dat overheden in gelijke gevallen niet dezelfde beslissing nemen.

Burgers moeten hiertegen worden beschermd. Ons land heeft daarom een stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming. Dit zorgt ervoor dat onjuiste overheidsbeslissingen kunnen worden teruggedraaid. De bestuursrechter toetst aan bijvoorbeeld het willekeurverbod en andere algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

2.2 Besluit en beschikking

Het besluit speelt een sleutelrol in de bestuurlijke rechtsbescherming in Nederland. Burgers kunnen immers, enkele uitzonderingen daargelaten, alleen van bezwaar- en beroepsmogelijkheden gebruik maken als een bestuursorgaan eerder een besluit heeft genomen. Het belastingrecht kent overigens een andere “ingang” naar bezwaar en beroep. Dit is volgens artikel 26 lid 1 Awr de belastingaanslag of de voor bezwaar vatbare beschikking.

Een besluit is volgens artikel 1:3 lid 1 Awb een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling. Ze zijn er in vele soorten en maten. Een belangrijk onderscheid is bijvoorbeeld dat tussen besluiten van algemene strekking en beschikkingen. Volgens Damen e.a. is een besluit van algemene strekking als het rechtsgevolgen met een boven-individueel en algemeen

⁴ *Bijvoorbeeld artikel 86 Verordening (EEG) nr. 2913/92 (PbEG 1992, L302/1):*

Onverminderd de in het kader van de betrokken regeling vastgestelde bijzondere voorwaarden, worden de in artikel 85 en in artikel 100, lid 1, bedoelde vergunningen slechts afgegeven:

- *aan personen die alle noodzakelijke waarborgen bieden voor het goede verloop van de handelingen;*

(...)

karakter in het leven roept. Een beschikking daarentegen heeft rechtsgevolgen voor een individu, voor de geadresseerde.⁵ De Awb definieert de beschikking in artikel 1:3 lid 2: een besluit dat niet van algemene strekking is.

Zoals ik hierboven al aangaf, zijn besluiten er in vele soorten en maten. Besluiten, maar ook beschikkingen, worden ook wel onderscheiden naar de invloed die een bestuursorgaan kan uitoefenen op de materiële inhoud ervan. De wetgevers timmeren niet alle door hen vastgestelde bepalingen dicht. In heel veel bepalingen laten wetgevers ruimte voor eigen beleid bij het uitvoerende bestuursorgaan. Dit gebeurt door het gebruik van de in de vorige paragraaf genoemde open en vage normen. Het bestuursorgaan krijgt hierdoor beslissingsruimte. Het gevolg hiervan is ook dat belangenafweging een belangrijke rol gaat spelen. Waar het bestuursorgaan bij het nemen van een besluit beslissingsruimte heeft, is er sprake van een “vrij besluit” (of een “vrije beschikking”). Heeft een bestuursorgaan geen beslissingsruimte, dan is er sprake van een “gebonden besluit” (of een “gebonden beschikking”). De belangenafweging heeft dan al in een eerder stadium plaatsgevonden, n.l. bij de vaststelling van de wettelijke bepaling waarop het besluit wordt gebaseerd.

Waarom is het onderscheid tussen vrije en gebonden besluiten voor dit onderzoek van belang? In hoofdstuk 5 komt aan de orde of er bij het toepassen van de hoorplicht niet op een of andere wijze sprake is van heroverweging. Heroverweging speelt ook een belangrijke rol in de bezwaarfase. Het lijkt daarom op het eerste gezicht veel minder zinvol om met name een gebonden besluit nog eens te laten heroverwegen in bezwaar als dit ook al is gebeurd nadat belanghebbende door het bestuursorgaan is gehoord.

2.3 Voorbereiding van een besluit

De fase waarin het besluit tot stand komt wordt wel de voorbereidingsfase genoemd. Deze start vaak met een aanvraag van een burger, maar een bestuursorgaan kan ook zelf het initiatief nemen. In dat geval is er sprake van een ambtshalve genomen besluit. De voorbereiding kan variëren van een simpele en korte beoordeling door een bestuursorgaan tot een ingewikkeld en tijdrovend traject van overleg en inspraak. Hoe simpel of ingewikkeld de materie ook is, het bestuursorgaan zal zich moeten houden aan regels van zorgvuldigheid. Eén van die

⁵ Damen e.a. 2009, p. 231, 232 en 243.

zorgvuldigheidsregels is de hoorplicht die ik in de hierna volgende hoofdstukken uitgebreid zal bespreken.

2.4 Bestuursrechtelijke rechtsbescherming

Zoals ik hiervoor aangaf vereist een rechtsstaat dat de rechten van burgers worden beschermd. Het nemen van een besluit heeft tot gevolg dat het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming gaat werken ten aanzien van dat besluit. De bestuursrechtelijke rechtsbescherming bestaat in de meeste gevallen uit een bezwaarfase en een beroepsfase. Afhankelijk van de wettelijke basis van een besluit bestaat de beroepsfase uit één tot drie instanties.

De eerste mogelijkheid om tegen het besluit op te komen is meestal het indienen van een bezwaarschrift. Hiermee start de bezwaarfase van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming. De definitie van bezwaar staat in artikel 1:5 lid 1 Awb. Het belangrijkste kenmerk is de instantie waar het bezwaar moet worden ingediend, n.l. het bestuursorgaan dat het besluit heeft genomen. Het bestuursorgaan zal na korte of langere tijd een beslissing nemen over de door de burger ingediende bezwaren. Die beslissing is ook een besluit. De burger kan tegen dit besluit opkomen door bij de bestuursrechter een beroepschrift in te dienen. Hierdoor start de beroepsfase. Het economisch bestuursrecht kent één instantie, beroep bij het College van Beroep voor het Bedrijfsleven. Het belastingrecht kent drie instanties: eerst beroep bij de Rechtbank, daarna hoger beroep bij het Gerechtshof en ten slotte cassatieberoep bij de Hoge Raad. Hoeveel instanties er ook zijn, in beroep oordeelt altijd een onafhankelijke rechter over het geschil (artikel 1:5 lid 3 Awb).

De volgorde met eerst de bezwaarfase en daarna de beroepsfase is vrijwel altijd dezelfde. Dit geldt ook voor de volgorde van de instanties binnen de beroepsfase. Er zijn echter een aantal uitzonderingen op de hiervoor geschetste volgorde. Deze hebben soms raakvlakken met de centrale vraag in deze scriptie omdat in die gevallen de bezwaarfase wordt overgeslagen, al dat niet na een uitgebreide hoorplicht. De uitzonderingen op de verplichte volgorde van voorbereiding, bezwaar en beroep zijn:

- Geen bezwaarfase als in de voorbereidingsfase gebruik is gemaakt van de Uniforme Openbare Voorbereidingsprocedure (UOV) van afdeling 3.4 Awb;
- Geen bezwaarfase bij sommige besluiten op basis van de Vreemdelingenwet 2000;
- Geen bezwaarfase op voorstel van belanghebbende en met instemming van het bestuursorgaan (artikel 7:1a Awb);

- Geen hoger beroep in het belastingrecht als belanghebbende en de Minister van Financiën het hierover met elkaar eens zijn (sprongcassatie, artikel 28 lid 3 Awr);
- Direct in beroep komen als het bestuursorgaan in de voorbereiding de beslistermijn overschrijdt (artikel 7:1 lid 1 letter e Awb).⁶

2.5 Europese rechtsorde

In 1951 richtten Nederland, België, Luxemburg, Frankrijk, Duitsland en Italië de Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal (EGKS) op, in 1957 gevolgd door de Europese Gemeenschap voor Atoomenergie (Euratom) en de Europese Economische Gemeenschap (EEG). De EEG werd verreweg de belangrijkste, met name door het realiseren van een vrije verkeer van goederen en diensten tussen de lidstaten. Nu, in 2010, zijn de diverse oprichtingsverdragen vervangen door het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie. Dit verdrag is beter bekend als het Verdrag van Lissabon. Sinds 1957 zijn een groot aantal landen toegetreden tot “Europa”, de Europese Unie telt momenteel 27 lidstaten.

Kort na de oprichting van de EEG ontstond er een conflict tussen de Nederlandse Douane en het bedrijf Van Gend en Loos over de hoogte van het door het bedrijf te betalen invoerrecht voor goederen afkomstig uit Duitsland. De Tariefcommissie, de toenmalige douanerechter, stelde prejudiciële vragen aan het Europese Hof van Justitie in Luxemburg (hierna: Hof). Het arrest van het Hof had verstrekkende gevolgen. Het Hof overwoog “dat de Gemeenschap⁷ in het Volkenrecht een nieuwe rechtsorde vormt ten bate waarvan de staten, zij het op een beperkt terrein, hun soevereiniteit hebben begreep en waarbinnen niet slechts deze lidstaten, maar ook hun onderdanen gerechtigd zijn.”⁸ De Europese rechters bevestigden het bestaan van de nieuwe rechtsorde in het arrest Costa-Enel. In dit arrest bepaalde het Hof ook dat het gemeenschapsrecht voorrang heeft op het nationale.⁹

⁶ deze mogelijkheid om de bezwaarfase over te slaan is voor dit onderzoek van minder belang vanwege het doel van de bepaling, namelijk belanghebbenden een rechtsmiddel te bieden tegen te trage bestuursorganen

⁷ met Gemeenschap bedoelt het Hof de Europese Economische Gemeenschap (EEG)

⁸ HvJ EEG 5 februari 1963, nr 26/62 (*Van Gend en Loos*).

⁹ HvJ EEG 15 juli 1964, nr. 6/64 (*Costa-Enel*).

De lidstaten zijn in heel veel gevallen belast met de uitvoering van het Europese recht. Zij hebben er zelfs voor te zorgen dat het communautaire recht daadwerkelijk wordt toegepast en nageleefd. Het Europese recht kent echter niet of nauwelijks regels die aangeven hoe dit moet gebeuren. De lidstaten mogen meestal zelf bepalen hoe ze het Europese recht uitvoeren en handhaven en welke overheidsorganen hiermee worden belast. Dit vraagt om een verbinding tussen de Europese rechtsorde en de nationale bestuursrechtelijke uitvoeringsregels. Deze verbinding wordt in eerste instantie gelegd door het beginsel van nationale institutionele autonomie. Het gemeenschapsrecht respecteert de institutionele structuur van de lidstaten. Verder hebben de lidstaten ook procedurele autonomie. Dit houdt in dat ze zelf mogen bepalen welke procedures er bij de uitvoering van het gemeenschapsrecht gelden, bijvoorbeeld de (rechterlijke) toetsing van beslissingen.¹⁰

Het is niet vreemd dat de lidstaten hierbij zoveel mogelijk aansluiting zoeken bij hun eigen nationale bestuursrecht. Onze nationale bestuursrechtelijke regels over besluiten en de totstandkoming daarvan en die over bezwaar en beroep gelden daarom ook voor beslissingen die een Nederlands overheidsorgaan neemt bij de uitvoering van het Europese recht. Zo wordt bijvoorbeeld een vergunning douane-entrepot als bedoeld in artikel 100 Verordening (EEG) nr. 2913/92 (PbEG 1992, L302/1) via artikel 8:2 lid 2 onder a Algemene Douanewet een voor bezwaar vatbare beschikking. En gelden voor de belanghebbende die rechtsmiddelen wil instellen tegen een van de voorwaarden waaronder zo'n vergunning is afgegeven, de termijnen en procedures van de Awb. Er gelden echter wel twee minimumvereisten bij de toepassing van de nationale regels, het gelijkwaardigheidsbeginsel en het effectiviteitsbeginsel. Het eerstgenoemde beginsel houdt in dat de regels die van toepassing zijn op een geschil dat zijn oorsprong vindt in de Europese wetgeving niet ongunstiger mogen zijn dan die welke van toepassing zijn op een vergelijkbaar geval dat geheel door het nationale recht wordt beheerst. Het effectiviteitsbeginsel houdt in dat een lidstaat de uitoefening van door het Europese recht verleende rechten niet (nagenoeg) onmogelijk mag maken.¹¹

¹⁰ Jans e.a. 2002, p. 39 en 72.

¹¹ Jans e.a. 2002, p. 74.

2.6 Afsluiting

In dit hoofdstuk behandelde ik een aantal onderwerpen die van belang zijn voor het vervolg van deze scriptie. In de volgende hoofdstukken komt de hoorplicht uitgebreid aan de orde, te beginnen met die uit ons nationale bestuursrecht.

3 De hoorplicht in het Nederlandse bestuursrecht

De hoorplicht zoals het Nederlandse bestuursrecht die kent bij de voorbereiding van een besluit, is gecodificeerd in de Awb. De verplichting vindt echter zijn oorsprong in de ongeschreven algemene beginselen van behoorlijk bestuur, meer in het bijzonder in het zorgvuldigheidsbeginsel. Dit zijn de onderwerpen van de eerste twee paragrafen van dit hoofdstuk. Daarna behandel ik de codificatie van het zorgvuldigheidsbeginsel. Een aantal aspecten van dit beginsel, de verplichting tot zorgvuldig onderzoek en de daaruit voortvloeiende hoorplicht komen in de paragrafen 5 t/m 8 aan de orde. Daarbij ga ik uitgebreid in op de hoorplicht zoals die geldt bij de voorbereiding van beschikkingen. Deze hoorplicht staat niet alleen in de Awb, hij komt ook voor in bijzondere bestuurswetgeving. Dit is het onderwerp van paragraaf 8. Na de gevolgen van het niet voldoen aan de hoorplicht, sluit ik in paragraaf 10 dit hoofdstuk af.

3.1 Algemene beginselen van behoorlijk bestuur

Algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn specifieke beginselen die betrekking hebben op de verhouding tussen de besturende overheid en de burger. Ze worden onderscheiden in twee soorten. De eerste betreft normen die betrekking hebben op de behoorlijkheid van de bevoegdheidsuitoefening. In andere woorden, de algemene normen waar een overheidsorgaan zich aan moet houden bij de uitoefening van de aan haar toegekende bestuursbevoegdheden. De tweede soort wordt gevormd door normen die gelden in relaties tussen overheid en burger in zijn algemeenheid, dus zonder dat er sprake is van de uitoefening van een bevoegdheid.¹²

In het algemeen worden de beginselen van de eerste soort onderscheiden in materiële en formele beginselen, bijvoorbeeld door Pennarts.¹³ De materiële beginselen zien op de inhoud van het besluit. Denk hierbij aan het gelijkheidsbeginsel dat voorschrijft dat een bestuursorgaan in gelijke gevallen een besluit met een gelijke inhoud moet nemen. Formele beginselen zien op de wijze van totstandkoming van een besluit. Damen e.a. noemen deze overigens normen van procedurele aard.¹⁴ Een voorbeeld hiervan is het motiveringsbeginsel. Dit houdt in dat een bestuursorgaan zal

¹² Damen e.a. 2009, p. 307.

¹³ Pennarts 2008, p. 19.

¹⁴ Damen e.a. 2009, p. 307.

moeten aangeven waarom het dat besluit heeft genomen. Het in de volgende paragraaf te bespreken zorgvuldigheidsbeginsel kent zowel een materiële als een formele kant.

De algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn niet vrijblijvend. Pennarts omschrijft het zo: “Beginselen van behoorlijk bestuur gelden altijd en overal. Al het handelen van het bestuur is onderhevig aan de beginselen van behoorlijk bestuur.”¹⁵ De belangrijkste ontstaansbron van de beginselen is niet toevallig de rechtspraak. De bestuursrechter toetst het handelen van het bestuursorgaan aan de algemene beginselen. Dit heeft na de Tweede Wereldoorlog een vlucht genomen. Hierdoor zijn in de rechtspraak steeds meer normen ontstaan en verder doorontwikkeld.

3.2 Zorgvuldigheidsbeginsel

Een overheidsorgaan moet bij de voorbereiding van een besluit zorgvuldig te werk gaan. Wat die zorgvuldigheid inhoudt is in de tweede helft van de vorige eeuw tot uitdrukking gekomen in het zorgvuldigheidsbeginsel. Dit beginsel heeft een speciaal kenmerk, het is zowel een formeel als een materieel beginsel. De formele kant omvat de procedures die een overheidsorgaan moet volgen, het materiële deel de afweging van bij een besluit betrokken belangen. Mijn onderzoek gaat met name over het formele deel, al komt de belangenafweging nog ter sprake bij de vraag wat het bestuursorgaan moet doen nadat het een van de formele verplichtingen, de hoorplicht, heeft uitgevoerd.

Het formele zorgvuldigheidsbeginsel is een verzamelbegrip omdat het is te onderscheiden in verschillende deelbeginselen, soms onder verschillende benamingen. Addink noemt als deelbeginselen zorgvuldige (correcte) bejegening, zorgvuldig onderzoek, zorgvuldig horen en zorgvuldige bekendmaking.¹⁶ Damen e.a. noemen correcte bejegening, zorgvuldig onderzoek, zorgvuldige beslissingsprocedure en deugdelijke besluitvorming.¹⁷ De hoorplicht behoort bij Addink tot het zorgvuldig horen en bij Damen tot de correcte bejegening.

¹⁵ Pennarts 2008, p. 12-13.

¹⁶ Addink 1999, p. 188.

¹⁷ Damen e.a. 2009, p 308-309.

3.3 Codificatie

Sinds 1983 bepaalt de Grondwet in lid 2 van artikel 107 dat de algemene regels van bestuursrecht in een wet in formele zin moeten worden vastgelegd. Deze bepaling heeft geleid tot de komst van de Algemene wet bestuursrecht. De regering besloot daarbij tot codificatie van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, vooral om redenen van rechtszekerheid. De regering streefde echter geen complete codificatie na, de bestuursrechter behield de mogelijkheid om een besluit te vernietigen op grond van een ongeschreven beginsel van behoorlijk bestuur.¹⁸

Het zorgvuldigheidsbeginsel is nu grotendeels gecodificeerd. De verplichting tot belangenafweging staat in artikel 3:4, lid 1 Awb. Uit het formele deel is het zorgvuldig uitvoeren van een onderzoek gecodificeerd in artikel 3:2 Awb. Paragraaf 3.4. gaat hierover. De verplichting tot zorgvuldig horen is terug te vinden op verschillende plaatsen in de Awb, in artikel 3:15 en 3:16 (Uniforme openbare voorbereidingsprocedure, paragraaf 3.5.), artikel 4:7 en 4:8 (algemene hoorplicht bij de voorbereiding van een beschikking, paragraaf 3.6.) en 5:53 (bijzondere hoorplicht bij het opleggen van een bestuurlijke boete, paragraaf 3.7.). Ook in bijzondere bestuurswetgeving vinden we de hoorplicht terug, o.a. in de Vreemdelingenwet 2000, in de Mededingingswet en daarvoor ook in de Algemene wet inzake rijksbelastingen. De hoorplicht in bijzondere wetten bespreek ik in paragraaf 3.8.

3.4 Zorgvuldig onderzoek

Artikel 3:2 Awb legt het bestuursorgaan de verplichting op om de nodige kennis te verzamelen over de relevante feiten en relevante af te wegen belangen. Deze regel gaat door het leven als de verplichting tot zorgvuldig onderzoek. Het is van belang om hieraan aandacht te besteden omdat verderop in dit hoofdstuk zal blijken dat de hoorplicht in nauwe relatie staat met de verplichting tot zorgvuldig onderzoek.

Het doel van deze verplichting is zorgvuldige besluitvorming.¹⁹ Een bestuursorgaan zal daarom wetenschap moeten hebben van alle voor het te nemen besluit relevante informatie. Je kunt hierbij denken aan de relevante wet- en regelgeving, informatie over

¹⁸ *Kamerstukken II 1988/89, 21 221, nr. 3, p. 8-9 (MvT).*

¹⁹ *Kamerstukken II 1988/89, 21 221, nr. 3, p. 63 (MvT).*

de aanvrager (belastingen of sociale zekerheid) of over een omgeving (bestemmingsplan), maar ook aan belangen van de aanvrager en/of derden. Het is vaak noodzakelijk om hiervoor een onderzoek in te stellen.

Hoe ver gaat de verplichting tot zorgvuldig onderzoek? Het bestuursorgaan is niet verplicht meer te weten te komen dan wat nodig is voor het nemen van het besluit. Artikel 3:2 Awb spreekt immers van de “nodige kennis” en de “relevante feiten en af te wegen belangen”. Hierdoor is de vraag hoe ver deze verplichting gaat afhankelijk van het besluit dat het bestuursorgaan wil gaan nemen.²⁰ De aanvrager van een beschikking op aanvraag moet volgens artikel 4:2 lid 2 Awb alle informatie over feiten en belangen verschaffen die hij redelijkerwijze ter beschikking heeft of kan krijgen. Dit brengt het bestuursorgaan in een vrij gemakkelijke positie. Het heeft, als de aanvrager niet alle benodigde informatie levert en het de aanvraag moet afwijzen, in het algemeen niet de plicht om actief op zoek te gaan naar informatie die het mogelijk maakt de aanvraag wel in te willigen.²¹ Het bestuursorgaan zal indien nodig wel moeten onderzoeken of de beweringen van de aanvrager juist zijn, met name met het oog op de belangen van derden.²² Neemt het bestuursorgaan een besluit ambtshalve, dan ligt de zaak natuurlijk anders. Het zal dan zelf actief alle benodigde informatie moeten verzamelen.

3.5 Uniforme openbare voorbereidingsprocedure

3.5.1 Toepassing

Tot 1 januari 2005 bevatte de Awb twee openbare voorbereidingsprocedures, een uitgebreide en een beperkte. De twee werden samengevoegd tot wat we nu kennen als de Uniforme openbare voorbereidingsprocedure, afgekort tot UOV. Hij is te beschouwen als een inspraakprocedure die vooral bruikbaar is als de kring van belanghebbenden groot en/of onbekend is, bijvoorbeeld bij bestemmingsplannen. De UOV is niet of minder geschikt bij de voorbereiding van een besluit waarbij slechts één belanghebbende betrokken is en kan uiteraard in het geheel niet worden gebruikt als er een geheimhoudingsplicht geldt. Het laatste speelt bij de vaststelling van een belastingaanslag. De UOV is van toepassing als een wettelijk voorschrift dat voorschrijft of door een besluit van een bestuursorgaan. Het staat een bestuursorgaan

²⁰ *Kamerstukken II 1988/89, 21 221, nr. 3, p. 64 (MvT).*

²¹ Van Buuren 2009 (T&C Awb), aant. 1 bij art. 3:2.

²² *Kamerstukken II 1988/89, 21 221, nr. 3, p. 63-64 (MvT).*

vrij om wel of niet voor de UOV te kiezen. Provincies en gemeenten zullen in de door de Provinciewet resp. Gemeentewet verplicht vast te stellen inspraakverordening regelen wanneer ze de UOV in elk geval gebruiken.

3.5.2 Doel

De in paragraaf 3.4. genoemde relatie tussen de verplichting tot zorgvuldig onderzoek en de UOV komt tot uitdrukking in een van de functies van de UOV, zorgvuldige besluitvorming. De UOV is daarmee een middel om te voldoen aan de verplichting tot zorgvuldig onderzoek.²³ De UOV heeft nog een belangrijk ander doel, n.l. rechtsbescherming bieden. Dit heeft te maken met een bijzonder kenmerk van de UOV. Artikel 7:1 lid 1 letter d Awb schakelt, als de UOV is gebruikt, de bezwaarfase uit. Een belanghebbende moet direct door naar de bestuursrechter. Hij moet bovendien oppassen niet te vergeten deel te nemen aan de UOV. Beroep staat volgens artikel 6:13 Awb niet open voor een belanghebbende die kan worden verweten niet te hebben deelgenomen aan de UOV.

3.5.3 Inhoud

De UOV start volgens artikel 3:11 lid 1 Awb met het ter inzage leggen van een ontwerpbesluit met bijbehorende stukken. Het bestuursorgaan moet dit aankondigen, waarbij een aanvrager of belanghebbenden tot wie het besluit zal zijn gericht door het bestuursorgaan rechtstreeks moeten worden benaderd. Anderen worden op de hoogte gesteld via een publicatie in bijvoorbeeld de krant. Deze verplichtingen staan in artikel 3:12 en 3:13 Awb.

Mijn onderzoek gaat over de hoorplicht. Deze komt in de UOV tot uitdrukking in artikel 3:15 Awb. Hierin staat het wettelijk recht om te reageren op het ontwerpbesluit. Het artikel noemt dit het inbrengen van zienswijze. Deze term laat de ruimte om ook een instemmende reactie in te dienen en past volgens de wetgever het beste bij het inspraakkarakter van de UOV.²⁴ In eerste instantie komt het recht om te reageren toe aan belanghebbenden. Artikel 3:15 lid 2 Awb biedt echter een uitbreidingsmogelijkheid van de kring van personen die mogen reageren. Deze moet worden geregeld in een wettelijk voorschrift of door een besluit van een bestuursorgaan. Een voorbeeld van uitbreiding in een wettelijk voorschrift is artikel 13:3 Wet milieubeheer. Degene die zijn zienswijze inbrengt mag kiezen hoe hij dat doet, schriftelijk of mondeling. Dit staat in

²³ Van Buuren 2009 (T&C Awb), aant. 3 bij afd. 3.4.

²⁴ *Kamerstukken II* 1999-00, 27 023, nr. 3, p. 18-19 (MvT).

artikel 3:15 lid 1 Awb. Het bestuursorgaan moet, zo bepaalt artikel 3:17 Awb, een verslag maken als de inbreng mondeling gebeurt.

Na afronding van het horen neemt het bestuursorgaan het definitieve besluit. Zoals in de vorige subparagraaf staat, is tegen dit besluit geen bezwaar mogelijk. Belanghebbenden moeten direct in beroep.

3.6 Algemene hoorplicht

Ik gebruik de term “algemene hoorplicht” voor de regeling van afdeling 4.1.2. Awb. Ik doe dit ter onderscheiding van de hierna nog te behandelen hoorverplichtingen van artikel 5:53 Awb en bijzondere bestuurswetgeving.

De Memorie van Toelichting bij de Awb geeft de redenen waarom de regering heeft gekozen voor de beperkte regeling zoals die nu in afdeling 4.1.2. staat. De gedachte is dat alleen moet worden gehoord als er “een duidelijke kans bestaat dat het horen gegevens oplevert die voor de beschikking van betekenis zijn.” De regering is uitgegaan van het zorgvuldigheidsbeginsel dat soms verplicht tot het raadplegen van de burger voordat het bestuur een beschikking neemt. Tegelijkertijd wilde de regering een regeling die houvast biedt voor zowel burger als bestuur en een regeling die voor de meeste situaties een duidelijke en hanteerbare oplossing biedt. Niet onbelangrijk vond de regering ook het uitgangspunt dat horen zinvol moet zijn. Niet horen om het horen dus, maar alleen dan als het kan bijdragen tot een goede vaststelling van feiten. Dat de regering een voor alle belastende beschikkingen geldende hoorplicht bepaald niet wilde omarmen, blijkt ook uit de memorie. Omwille van kosten en tijdverlies wilde ze de hoorplicht beperken. Daarnaast vond ze dat de functie die vooraf horen heeft in het kader van rechtsbescherming beter tot zijn recht zou komen in de bezwaarschriftenprocedure. Tenslotte wilde de regering een niet al te formeel geregelde hoorplicht.²⁵

3.6.1 Wanneer geldt de algemene hoorplicht?

De algemene hoorplicht geldt als een bestuursorgaan een beschikking voorbereidt. Dit volgt uit de plaatsing in hoofdstuk 4 van de Awb. Twee bepalingen zijn de basis van de algemene hoorplicht, artikel 4:7 en 4:8 Awb.

Artikel 4:7 lid 1 is gericht op de aanvrager van een beschikking. Hij moet worden gehoord als het bestuursorgaan zijn aanvraag wil afwijzen. Aardema verstaat

²⁵ *Kamerstukken II 1988/89, 21 221, nr. 3, p. 94-98 (MvT).*

hieronder, terecht, ook een gedeeltelijke afwijzing.²⁶ Maar de hoorplicht bestaat alleen als de afwijzing zou steunen op gegevens over feiten en belangen van de aanvrager en deze gegevens niet in overeenstemming zijn met de gegevens die de aanvrager zelf heeft verstrekt. Ik zal hieronder voorbeelden geven waarin de hoorplicht niet en wel geldt.

Een wettelijke bepaling die het onmogelijk maakt om aan het verzoek van de aanvrager te voldoen, is geen feit of belang die de aanvrager zelf betreft. In dat geval is er dan ook geen hoorplicht. Er kan dan ook geen verschil van mening zijn tussen bestuur en burger, aldus de regering in de Memorie van Toelichting.²⁷ Een bestuursorgaan dat uit de door de aanvrager verstrekte gegevens een andere conclusie trekt dan de aanvrager is ook niet verplicht te horen.²⁸ Lid 2 van artikel 4:7 Awb bepaalt dat de hoorplicht niet geldt als de afwijking van de aanvraag slechts van geringe betekenis is. Het bestuursorgaan mag deze uitzondering niet snel aannemen. In de Memorie van Antwoord noemt de regering de beperkte geldigheidsduur van een wel te verstrekken vergunning en het naar beneden afronden van een subsidiebedrag afwijkingen van geringe betekenis.²⁹

Het meest voor de hand liggende geval waarin de hoorplicht wel geldt is die waarbij het bestuursorgaan informatie heeft die de door de aanvrager verstrekte gegevens tegenspreken. De hoorplicht geldt ook als het bestuursorgaan twijfelt aan de juistheid van de gegevens die de aanvrager heeft verstrekt.

Het zusje van artikel 4:7 is artikel 4:8. Dit artikel is niet gericht op de aanvrager, maar op belanghebbenden die niet zelf om een beschikking hebben gevraagd. Dit kunnen de beoogde geadresseerde van de beschikking of een of meer derde-belanghebbenden zijn. De hoorplicht geldt als aan drie voorwaarden is voldaan. De eerste staat in lid 1: de belanghebbende zal naar verwachting bedenkingen tegen de beschikking hebben. De tweede en derde voorwaarde staan in lid 2. De beschikking zou steunen op gegevens over feiten en belangen van de belanghebbende en deze gegevens zijn niet door de te horen belanghebbende zelf verstrekt.

Wanneer zal een belanghebbende naar verwachting bedenkingen hebben? Het bestuursorgaan zal hiervan een inschatting moeten maken. In het geval dat een beschikking dwingend uit de wet volgt en over de feiten redelijkerwijs geen verschil van

²⁶ Aardema 2003, p. 51.

²⁷ *Kamerstukken II* 1988/89, 21 221, nr. 3, p. 99 (MvT).

²⁸ ABRvS 14 november 1997, *Rawb* 1998, 32 en ABRvS 7 september 2000, *AB* 2000, 423.

²⁹ *Kamerstukken II* 1990/91, 21 221, nr. 5, p. 69 (MvA II).

mening kan bestaan tussen bestuursorgaan en belanghebbende zal de laatstgenoemde naar het oordeel van de regering naar verwachting geen bedenkingen hebben.³⁰ Tenslotte geldt de hoorplicht volgens lid 2 niet als een belanghebbende niet aan een wettelijke informatieplicht heeft voldaan.

Artikel 4:7 en 4:8 bevatten al met al veel ontsnappingsmogelijkheden. De wetgever heeft in afdeling 4.1.2. een aantal uitzonderingsbepalingen opgenomen welke de gevallen waarin een hoorplicht geldt nog verder beperken. Ze gelden zowel voor artikel 4:7 als 4:8.

Eerst artikel 4:11. Volgens letter a is het bestuursorgaan van de verplichting tot horen ontslagen als er echt haast geboden is. De vereiste spoed moet objectiveerbaar zijn.³¹ Er is voor de toepassing van deze bepaling, vanzelfsprekend, geen spoed aanwezig als het einde van de beslistermijn in zicht komt of al is overschreden. Letter b bepaalt dat er geen hoorplicht geldt als er al eens is gehoord en er geen sprake is van nieuwe feiten en omstandigheden. Tenslotte geldt de hoorplicht op grond van letter c niet als het doel dat het bestuursorgaan heeft met de beschikking alleen kan worden bereikt als belanghebbende niet op de hoogte is van de komst van de beschikking. Artikel 4:12 Awb gaat over financiële beschikkingen, zoals belastingaanslagen en uitkeringsbeschikkingen. Deze zijn volgens lid 1 uitgezonderd van de hoorplicht. Er geldt wel een voorwaarde: de gevolgen ervan moeten in bezwaar of administratief beroep helemaal ongedaan kunnen worden gemaakt. Sommige subsidiebeschikkingen ziet lid 2 van artikel 4:12 Awb niet als financiële beschikkingen.

Het aantal voorwaarden om te moeten horen en het aantal uitzonderingen zijn zo groot, dat de kans dat een aanvrager of belanghebbende verplicht gehoord moet worden naar mijn mening niet erg groot is. De Memorie van Toelichting wijst duidelijk in de richting van deze bedoeling door te spreken van een beperkte hoorplicht.³² Aardema gebruikt deze bewoordingen eveneens.³³ Alle wettelijke uitzonderingen zijn echter “kan”-bepalingen. Een bestuursorgaan kan dus gewoon horen als het dat wil. De Belastingdienst heeft zich hiertoe verplicht als het een aangifte wil corrigeren en dit voor belastingplichtige negatief zal uitpakken. Dit staat in paragraaf 3 van het Besluit Fiscaal Bestuursrecht, *Stcrt.* 2008, 253. Tenslotte: artikel 4:7 en 4:8 Awb geven de

³⁰ *Kamerstukken II* 1988/89, 21 221, nr. 3, p. 100 (MvT).

³¹ *Kamerstukken II* 1988/89, 21 221, nr. 3, p. 102 (MvT).

³² *Kamerstukken II* 1988/89, 21 221, nr. 3, p. 100 (MvT).

³³ Aardema 2003, p. 51 en 52.

ondergrens aan. Bestuursorganen mogen naar mijn mening ook horen als de Awb ze er niet toe verplicht. De Awb verbiedt dit immers niet.

3.6.2 Doel

Artikel 4:7 en 4:8 hebben hetzelfde doel. De Memorie van Toelichting is daarover duidelijk. Beide bepalingen staan in dienst van de zorgvuldige voorbereiding van de te nemen beschikking en dient “vooral dan plaats te vinden wanneer het contact met de belanghebbende kan bijdragen tot een goede vaststelling van de feiten.”³⁴ De hoorplicht is een manier om te voldoen aan de verplichting tot een zorgvuldig onderzoek naar de relevante feiten en af te wegen belangen. De eventuele functie van preventieve rechtsbescherming is voor de regering minder van belang. De bezwaarfase is naar de mening van de regering hiervoor een beter middel, met name uit oogpunt van doelmatigheid.³⁵

3.6.3 Inhoud

De kern van de algemene hoorplicht is het naar voren brengen van de zienswijze van de belanghebbende(n). Van Buuren geeft aan dat de term “zienswijze” betekent dat het bestuursorgaan niet alleen maar moet luisteren naar belanghebbende. Het mag met belanghebbende van gedachten wisselen over feiten, omstandigheden en belangen.³⁶

De Awb regelt niet heel veel over hoe de hoorplicht in de praktijk gestalte moet krijgen. Onderwerpen die je zou verwachten zijn niet geregeld. Zo ontbreken het wel of niet aanwezig moeten zijn van een ontwerpbeschikking, hoe een belanghebbende moet worden opgeroepen, de tijd die belanghebbende heeft om zijn reactie te geven en een verplichting voor het bestuursorgaan om een verslag te maken. De regering wil geen al te formeel geregelde hoorplicht. Bestuursorganen moeten de uitvoering van de hoorplicht vooral zelf gestalte geven waarbij flexibiliteit belangrijk is.³⁷ Inmiddels heeft de rechtspraak een aantal voor den hand liggende uitvoeringsaspecten verder ingevuld. De Voorzitter van de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State bepaalde in 2002 dat een belanghebbende voldoende tijd moet hebben om zich voor te bereiden. Daarnaast vond hij dat een nachtelijk gesprek tijdens een geluidsmeting niet

³⁴ *Kamerstukken II 1988/89, 21 221, nr. 3, p. 94-95 (MvT).*

³⁵ *Kamerstukken II 1988/89, 21 221, nr. 3, p. 96 (MvT).*

³⁶ Van Buuren 2009 (T&C Awb), aant. 2 bij afd. 4.1.2.

³⁷ *Kamerstukken II 1988/89, 21 221, nr. 3, p. 97-98 (MvT).*

kon doorgaan voor hoorgesprek.³⁸ Het CBB bepaalde in 2004 dat een belanghebbende op de hoogte moest worden gesteld van de feiten en omstandigheden die het bestuursorgaan ten grondslag wenste te leggen en daarover moest worden gehoord.³⁹

De Awb regelt wel het tijdstip waarop het bestuursorgaan moet horen en de manier waarop belanghebbende zijn reactie kan geven. Het horen moet plaatsvinden voordat het de inhoud van de beschikking definitief vaststelt. Deze vanzelfsprekendheid blijkt uit de eerste woorden van lid 1 van zowel artikel 4:7 als 4:8 Awb. Artikel 4:9 Awb laat aan belanghebbende de keuze om mondeling of schriftelijk te reageren.

3.7 Hoorplicht in artikel 5:53 Awb

De Awb bevat sinds 1 juli 2009 nieuwe regels voor het toezicht op de naleving van bestuursrechtelijke regels. Dit toezicht kan leiden tot het opleggen van een bestuurlijke boete. Het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) speelt dan een rol omdat een bestuurlijke boete een vorm van strafvervolging is. De persoon aan wie een bestuurlijke boete zal worden opgelegd moet op de hoogte worden gesteld van de aard en de reden van de beschuldiging. Deze verplichting komt tot uitdrukking in artikel 5:53 Awb, welke als doel heeft het recht van verdediging te waarborgen.⁴⁰ Het artikel bevat o.a. een hoorplicht bij het opleggen van een zware bestuurlijke boete. Helemaal nieuw zijn de regels van artikel 5:53 overigens niet. De Awr en de Mededingingswet hadden voor 1 juli 2009 al een vergelijkbare bepaling.

Lid 1 bepaalt dat het artikel alleen geldt voor zware boetes. Dit zijn boetes hoger dan € 340,--. Een ander criterium is mogelijk. De belastingwetgeving werkt niet met een financiële grens, maar maakt onderscheid tussen verzuim- en vergrijpboetes. Bij het opleggen van een verzuimboete, die als licht wordt beschouwd, geldt het artikel niet. Dit bepaalt artikel 67pa Awr.

Artikel 5:53 lid 3 bepaalt dat bij de oplegging van een zware boete altijd moet worden gehoord. Het artikel trekt, ten opzichte van de algemene hoorplicht, de teugels aan omdat het alle uitzonderingen van de algemene hoorplicht aan de kant zet. Lid 2 verplicht tot het opstellen van een rapport of proces-verbaal. Het rapport of proces-

³⁸ ABRvS (vzr.) 30 mei 2002, AB 2002, 356.

³⁹ CBB 10 juni 2004, AB 2004, 325.

⁴⁰ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 123-124 (MvT).

verbaal moet altijd voor het horen aan de overtreder worden verstrekt op grond van artikel 5:50 lid 1 Awb.

3.8 Hoorplicht in bijzondere bestuurswetgeving

Ik heb in de vorige paragraaf aangegeven dat de bepalingen die nu in artikel 5:53 Awb staan, voor 1 juli 2009 in bijzondere bestuurswetgeving stonden. Ook vandaag de dag nog bevat de bijzondere bestuurswetgeving regels over de hoorplicht. In deze paragraaf behandel ik regels uit de Mededingingswet en de Vreemdelingenwet 2000.

Bij het opleggen van een last onder dwangsom is er een hoorplicht als afdeling 4.1.2. Awb daartoe verplicht. Artikel 59 lid 2 en 77 lid 2 Mededingingswet verklaren echter afdeling 5.4.2. Awb, waartoe ook artikel 5:53 behoort, van toepassing. Dit betekent dat bij het opleggen van een dwangsom hoger dan € 340,-- de hoorplicht altijd geldt. Hiermee is het systeem gehandhaafd dat ook voor 1 juli 2009 gold. Deze verplichting is volgens de regering vooral ingegeven door de waarborgen die het EVRM eist bij het opleggen van een punitieve sanctie.⁴¹ Dit is opmerkelijk, omdat de last onder dwangsom niet wordt gezien als een punitieve sanctie, maar als een herstelsanctie waarop het EVRM niet van toepassing is. Gerrits-Jansens is van mening dat de verplichte hoorplicht bij de last onder dwangsom een vrijwillige adoptie van het Europese verdedigingsbeginsel in puur nationale situaties is.⁴² In het volgende hoofdstuk komt het Europese verdedigingsbeginsel uitgebreid ter sprake.

De Vreemdelingenwet 2000 schrijft in artikel 39 en 41 in een aantal situaties een hoorplicht voor. Het bijzondere is dat hij in de plaats komt van de bezwaarprocedure. De laatste is bij de invoering van het nieuwe vreemdelingenrecht afgeschaft. De regering wil echter niet dat de rechter wordt geconfronteerd met onvolledige dossiers of met dossiers waarbij geen goed of volledig onderzoek heeft plaatsgevonden. Er werd daarom een verplichte hoorprocedure ingevoerd als de Minister van Justitie het voornemen heeft om de aanvraag van een verblijfsvergunning asiel af te wijzen of een verleende verblijfsvergunning in te trekken. Het karakter van de hoorplicht blijft echter nog steeds informatie verzamelen, de “extraatjes” van de Vreemdelingenwet zijn bedoeld als nadere invulling van de algemene hoorplicht.⁴³

⁴¹ *Kamerstukken II 1995/96*, 24 707, nr. 3, p. 90-91 (MvT).

⁴² Gerrits-Janssens 1998, p. 188, 194, 195 en 198.

⁴³ *Kamerstukken II 1998/99*, 26 732, nr. 3, p. 44-45 (MvT).

De minister moet het voornemen tot afwijzen dan wel het voornemen tot intrekken schriftelijk met motivering en eventueel zelfs de onderliggende stukken aan de aanvrager resp. vergunninghouder zenden. Vervolgens krijgt deze persoon een redelijke termijn om zijn zienswijze in te brengen. De termijn is afhankelijk van de gevolgde procedure en de eventuele vrijheidsontneming van de vreemdeling. Hij varieert volgens artikel 3:115 t/m 3:117 Vreemdelingenbesluit 2000 tussen drie uur en zes weken. De vreemdeling mag alleen schriftelijk reageren. Dit wijkt af van de UOV en de algemene hoorplicht, waar belanghebbende mag kiezen tussen een schriftelijke of mondelinge reactie. De keuze voor alleen een schriftelijke reactie is ingegeven door dossiervorming.⁴⁴ Als de minister na de voornemenprocedure nog steeds een verblijfsvergunning wil intrekken, heeft de vergunninghouder volgens artikel 41 lid 2 Vreemdelingenwet 2000 nog een mondelinge hoormogelijkheid.

3.9 Niet voldoen aan de hoorplicht

Sommige geschillen tussen burger en bestuur komen uiteindelijk voor de rechter. Wat doet de rechter als er in de voorbereidingsfase niet is gehoord terwijl dat wel verplicht was?

De regering vindt dat de rechter niet al te zwaar moet tillen aan het ten onrechte niet horen. Het gaat in haar visie bij de hoorplicht vooral om het verzamelen van informatie in het kader van de zorgvuldige voorbereiding. Het aspect van rechtsbescherming van de hoorplicht is voor de regering bijzaak, daar is de bezwaarfase voor. Mocht het bestuursorgaan een onjuist besluit hebben genomen, dan kan dat in die fase volledig worden hersteld.

De rechter lijkt eveneens niet genegen te zijn al te ingrijpende gevolgen te verbinden aan het ten onrechte niet horen. Hij volgt meestal de opvatting van de regering, soms met een beroep op artikel 6:22 Awb. Dit artikel bepaalt dat een besluit in stand kan worden gelaten als een vormvoorschrift is geschonden, mits de belanghebbende hierdoor niet is benadeeld. De Afdeling bestuursrechtspraak redeneert in zijn uitspraak van 22 mei 2002: "Voorzover er al sprake is van schending van artikel 4:8 van de Awb, is appellant daardoor niet in zijn belangen getroffen en is dit gebrek in de bezwaarschriftprocedure hersteld."⁴⁵ Een soortgelijke redenering

⁴⁴ *Kamerstukken II* 1998/99, 26 732, nr. 3, p. 44 (MvT).

⁴⁵ ABRvS 22 mei 2002, nr. AE2787.

hanteert het College van Beroep voor het bedrijfsleven.⁴⁶ En de voorzieningenrechter van de Rechtbank in Haarlem in een bijstandszaak: “De voorzieningenrechter volgt verzoekster in die stelling, aangezien het niet-naleven van artikel 4:7 Awb in een geval als dat van verzoekster, een gebrek in de primaire besluitvorming is. Echter, ingevolge ter zake vaste jurisprudentie zal dit in de regel niet leiden tot gegrondverklaring van het bezwaar, omdat de belanghebbende over het algemeen hangende de bezwaarfase tijdens de hoorzitting in de gelegenheid is zijn/haar zienswijze alsnog volledig kenbaar te maken.”⁴⁷ Als de gevolgen van het niet horen in de bezwaarfase konden worden hersteld en de belangen van belanghebbende niet zijn geschaad, blijft het dus meestal bij de constatering dat de hoorplicht is geschonden. Het is niet ondenkbaar dat de rechter eenzelfde redenering zal hanteren als horen verplicht is volgens artikel 5:53 Awb. De belastingrechter deed dat ook in zaken die zich nog afspeelden onder artikel 67k Awr, de voorganger van artikel 5:53 in het belastingrecht.⁴⁸

Dit alles neemt niet weg dat er ook gevallen zijn waarbij de rechter wel concludeerde dat door het schenden van de hoorplicht de beschikking niet in stand kon blijven, althans voorlopig. De Rechtbank Amsterdam schorste in 2005 een beschikking omdat de hoorplicht niet was nagekomen. Er moest alsnog worden gehoord, al mocht dat bij de behandeling van het al ingediende bezwaarschrift.⁴⁹ Een ernstige schending van de hoorplicht leidde in 1999 wel tot vernietiging van een ontslagbesluit. De doorslag gaf dat de gevolgen van het besluit in bezwaar niet voldoende konden worden hersteld.⁵⁰

De vreemdelingenrechter houdt strakker de hand aan het daadwerkelijk uitvoeren van de hoorplicht. De hoogste nationale rechter van dit rechtsgebied, de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, acht de voornemenprocedure een essentieel onderdeel van de totstandkoming van het besluit op de aanvraag. De afdeling vindt dat onvoldoende recht wordt gedaan aan de waarborg die de voornemenprocedure moet bieden als de vreemdeling zijn zienswijze pas ter zitting bij de rechter kan inbrengen.⁵¹ De opvatting van de afdeling is goed te begrijpen. De voornemenprocedure is hier immers een vervanging van de bezwaarfase. Het gewicht

⁴⁶ CBB 11 oktober 2005, nr. 04/34.

⁴⁷ Rb Haarlem 26 november 2007, nr. BC5060.

⁴⁸ HR 11 juni 2004, nr. 39.500 en HR 1 oktober 2004, nr. 40.074, JB 2004/14.

⁴⁹ Rb Amsterdam 10 februari 2005, nr. AS6046.

⁵⁰ CRvB 29 april 1999, TAR 99/96.

⁵¹ ABRvS 10 oktober 2002, nr. 200204386/1, JV 2002/436.

van de hoorplicht komt dan meer in de buurt van de hoorplicht in de bezwaarfase (artikel 7:2 Awb), ondanks dat de voornemenprocedure vooral een manier is om eventueel ontbrekende gegevens te verzamelen.

3.10 Afsluiting

Komend uit de algemene beginselen van behoorlijk bestuur bevat onze wetgeving nu op verschillende plaatsen een verplichting tot horen in de voorbereidingsfase van een besluit. De algemene hoorplicht is in de basis de belangrijkste. Deze zet immers qua doelstelling en inhoud ook de lijnen uit voor die in artikel 5:53 Awb en de bijzondere bestuurswetgeving. De algemene hoorplicht verplicht echter niet snel tot daadwerkelijk horen en bevat daarnaast nog veel uitzonderingen. Hierdoor is de kans dat een burger gehoord moet worden niet zo heel groot. De algemene hoorplicht heeft daarmee niet al te veel om het lijf, wat ook precies de bedoeling van de regering was. De bijzondere hoorverplichtingen bieden de burger meer houvast omdat het bestuursorgaan niet onder de hoorverplichting uitkomt. De bestuursrechter maakt zich, behalve in het vreemdelingenrecht, ook niet al te druk om de algemene hoorplicht. De kans dat een besluit alsnog wordt vernietigd is erg klein. Al met al is met name de algemene hoorplicht nogal flets, om het in de woorden van Aardema uit te drukken.⁵²

In het volgende hoofdstuk ga ik de grens over. De rechtsorde van de Europese Unie kent ook een hoorplicht. Hoe werkt de hoorplicht daar?

⁵² Aardema 2003, p. 50.

4 De hoorplicht in de rechtsorde van de Europese Unie

Ik verplaats nu de blik op de hoorplicht van de nationale naar de Europese rechtsorde. Dit betekent niet dat de focus zich nu exclusief op het buitenland gaat richten. De Europese rechtsorde strekt zich, zoals ik in paragraaf 2.5. beschreef, immers uit over de gehele Europese Unie. De Nederlandse bestuursorganen zijn in ruime mate belast met de uitvoering van Europees recht. Nederlandse rechters spreken zich in beroep, hoger beroep en cassatie uit over de toepassing ervan.

Dit hoofdstuk volgt grotendeels de indeling van het vorige. In de eerste paragraaf komen de Europese rechtsbeginselen aan de orde. Het verdedigingsbeginsel, waarvan de hoorplicht deel uit maakt, is het onderwerp van de paragrafen 2 en 3. De precieze inhoud van de hoorplicht komt vervolgens aan de orde in paragraaf 4. Waar bij de nationale hoorplicht de verplichting tot horen in handen is van nationale bestuursorganen, ligt dit bij de Europese anders. Zowel de communautaire als de nationale organen moeten de hoorplicht uitvoeren. Paragraaf 5 richt zich vooral op de vraag wanneer de nationale organen de hoorplicht hebben uit te voeren. Wat er gebeurt als dit niet gebeurt, komt aan de orde in paragraaf 6. In paragraaf 7 volgt dan de afsluiting van dit hoofdstuk.

4.1 Europese rechtsbeginselen

De rechtsorde van de Europese Unie kent, net als de Nederlandse, beginselen van behoorlijk bestuur. Deze worden Europese rechtsbeginselen genoemd en zijn ontwikkeld door het Hof van Justitie⁵³. De rechtsbeginselen behoren tot het recht als bedoeld in artikel 19, lid 1 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VEU). Dit betekent dat het Hof de beginselen bij het uitleggen en toepassen van het Europese recht moet betrekken. Europa kent het gelijkheidsbeginsel, het evenredigheidsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel, het verdedigingsbeginsel en het motiveringsbeginsel.

Het Hof heeft zich bij de ontwikkeling van de Europese rechtsbeginselen vaak laten inspireren door de in de lidstaten bestaande beginselen. De inhoud van een beginsel in de Europese rechtsorde is echter niet noodzakelijk hetzelfde als in de rechtsorde van

⁵³ Nu het Verdrag van Lissabon in werking is getreden heet het Hof voluit: Hof van Justitie van de Europese Unie (artikel 13 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie)

een lidstaat. Een voorbeeld hiervan is de contra legem werking van het vertrouwensbeginsel. Het Hof erkent dit niet, de Hoge Raad wel.⁵⁴

4.2 Verdedigingsbeginsel, het begin

De Europese rechtsorde kent al vrij lang een hoorplicht die qua praktische uitvoering is te vergelijken met wat ik in het vorige hoofdstuk de algemene hoorplicht heb genoemd. Eén van de onderwerpen waarmee de toenmalige Europese Economische Gemeenschap (EEG) zich vanaf de oprichting in 1957 ging bezighouden, was de mededinging. De beslissingen die de Europese Commissie in dit rechtsgebied neemt kunnen voor bedrijven zeer ingrijpend zijn. Een overtreding van het mededingingsrecht kan een boete van tientallen miljoenen euro's tot gevolg hebben waarbij het niet ondenkbaar is dat de toekomst van een bedrijf op het spel komt te staan. In de considerans van de Verordening (EEG) 17/62 (PbEEG 1962, L13/204) stond daarom dat “het recht van de betrokken ondernemingen om door de Commissie gehoord te worden, moet worden verzekerd, dat derden wier belangen bij een beschikking in het geding kunnen komen de gelegenheid moeten hebben vooraf opmerkingen te maken”. Artikel 19 van deze verordening bevatte een verplichting tot horen in bepaalde situaties, bijvoorbeeld voordat werd overgegaan tot het opleggen van een dwangsom. De hoorprocedure zelf stond in een uitvoeringsverordening van de Europese Commissie, de Verordening (EEG) 99/63 (PbEEG 1963, L127/2268).⁵⁵

Het Hof vond dit echter niet voldoende. Het stelde in het arrest *Transocean* vast dat de genoemde verordeningen weliswaar een hoorplicht voorschrijven, maar dat daarboven als een soort paraplu een algemeen beginsel hangt dat “adressaten van overheidsbeslissingen, die aanmerkelijk in hun belangen worden getroffen, in staat moeten worden gesteld hun standpunt genoegzaam kenbaar te maken.”⁵⁶ Het recht om het standpunt kenbaar te maken roept dus logischerwijze een hoorplicht in het leven. Deze verplichting is onderdeel geworden van het bredere verdedigingsbeginsel.

In latere arresten geeft het Hof expliciet aan dat het verdedigingsbeginsel geldt als er in een verordening of andere geschreven rechtsbron geen uitdrukkelijke hoorplicht is

⁵⁴ Jans e.a. 2002, p. 154-155 en 218-219.

⁵⁵ Deze verordeningen zijn inmiddels ingetrokken. De hoorplicht is nu opgenomen in Verordening (EG) 1/2003 (PbEG 2003, L1/1) en Verordening (EG) 773/2004 (Pb 2004, L123/18)

⁵⁶ HvJ EG 23 oktober 1974, nr. 17/74 (*Transocean Marine Paint*).

opgenomen: “de eerbiediging van de rechten van de verdediging in iedere procedure tegen een persoon, die tot een voor deze laatste nadelige handeling kan leiden, is te beschouwen als een grondbeginsel van gemeenschapsrecht, dat zelfs bij gebreke van enig specifiek voorschrift omtrent de te volgen procedure in acht moet worden genomen.”⁵⁷ Het Hof bevestigt hiermee in feite de “paraplu” zoals ik die eerder in deze paragraaf heb genoemd.

Het verdedigingsbeginsel heeft, de naam zegt het al, tot doel dat een belanghebbende zich kan verdedigen tegen een beslissing die een overheidsorgaan wenst te nemen. Het Hof gebruikt in een van haar arresten bijvoorbeeld de woorden “recht van verweer”.⁵⁸ Het beginsel heeft dus een rechtsbeschermend karakter. Dit blijkt ook uit de verschillende onderdelen die samen het beginsel vormen. Zie hiervoor subparagraaf 4.4.1.

4.3 Verdedigingsbeginsel, het vervolg

4.3.1 Van mededinging tot gewasbestrijding

De EU heeft bevoegdheden op diverse terreinen, waarvan het eerder genoemde mededingingsrecht een belangrijk onderdeel is. Ook (delen van) het belastingrecht en het douanerecht behoren tot de bevoegdheden van de EU, evenals landbouwmaatregelen en handelspolitiek. De eerste zaak waarin het Hof zich uitsprak over de toepassing van het verdedigingsbeginsel ging over mededinging. Dit is lange tijd zo gebleven, vermoedelijk vanwege de rol van de Europese Commissie in dit rechtsgebied. De Commissie doet zelf onderzoeken en legt zelf sancties op.

Andere rechtsgebieden kwamen echter ook aan de beurt. De vermindering van een subsidie die was verstrekt in het kader van het Europees Sociaal Fonds was in 1996 de eerste⁵⁹, in 2002 gevolgd door een onderdeel van het belastingrecht, de accijns.⁶⁰ Hierna volgden nog de landbouw (bestrijding van mond- en klauwzeer)⁶¹ en het douanerecht.⁶² En recent nog in een zaak voor het Gerecht van eerste aanleg over de specificaties van een gewasbestrijdingsmiddel.⁶³

⁵⁷ HvJ EG 14 februari 1990, nr. C301/87 (*Frankrijk tegen Commissie*) en HvJ 12 februari 1992, nr. C48/90 en C66/90 (*PTT en Nederland tegen Commissie*).

⁵⁸ HvJ 12 februari 1992, nr. C48/90 en C66/90 (*PTT en Nederland tegen Commissie*).

⁵⁹ HvJ EG 24 oktober 1996, nr. C-35/92 (*Lisrestal*).

⁶⁰ HvJ EG 12 december 2002, nr. C395/00 (*Cipriani*).

⁶¹ HvJ EG 15 juni 2006, nr. C28/05 (*Dokter e.a.*).

⁶² HvJ EG 18 november 2008, nr. C-349/07 (*Sopropé*).

4.3.2 Geschreven recht

Soms is de hoorplicht in het geschreven recht terug te vinden. In 2000 werd het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (hierna: Handvest) vastgesteld. Hierin werd de stap genomen om de hoorplicht als algemeen geldend beginsel op te nemen in het geschreven Europese recht. Artikel 41 stelt het recht op een behoorlijk bestuur vast. Dit is uiteraard een ruim begrip. Lid 2 preciseert dit en geeft aan dat er een hoorplicht bestaat als tegen een persoon een nadelige individuele maatregel wordt genomen.

Ook in rechtstreeks werkende verordeningen is de hoorplicht soms terug te vinden. Hij heeft in de laatste jaren zijn intrede gedaan in het douanerecht. Dit is begonnen in de bepalingen over de Geautoriseerde marktdeelnemer in Verordening (EG) 1875/2006 (PbEG 2006, L360/64). Het voorlopige “hoogtepunt” komt tot stand op het moment dat het nieuwe douanerecht in werking treedt, uiterlijk in juni 2013. De al gepubliceerde Verordening (EG) 450/2008 (PbEG 2008, L145/1) bevat in artikel 16 een hoorplicht die zich uitstrekt over het gehele douanerecht.

Artikel 6 Verordening (EG) 1225/2009 (PbEG 2009, L343/51) bevat een hoorplicht in het kader van een dumpingonderzoek. De Europese Commissie onderzoekt dan of buiten de EU gevestigde marktpartijen goederen tegen lage dump prijzen binnen de EU afzetten. Is dit inderdaad zo, dan kan dit leiden tot het instellen van een extra invoerheffing. De hoorplicht was ook al opgenomen in een van de voorlopers van deze verordening, de Verordening (EG) 3283/94 (PbEG 1994, L349/1).

4.3.3 Actuele situatie waarin de hoorplicht geldt

Het Hof van Justitie stelde in 1974 in het arrest *Transocean* vast dat “adressaten van overheidsbeslissingen, die aanmerkelijk in hun belangen worden getroffen, in staat moeten worden gesteld hun standpunt genoegzaam kenbaar te maken”.⁶⁴ Deze algemene regel komt steeds terug in latere arresten, al kiest het Hof in latere jaren voor iets andere woorden (wat natuurlijk ook aan de vertaler kan liggen). De woorden “aanmerkelijk in hun belangen worden getroffen” zijn cruciaal omdat zij bepalen wanneer een belanghebbende moet worden gehoord. Belangen zijn niet per se (directe) financiële belangen. Ik denk dat de omschrijving in artikel 41 lid 2 Handvest in dezelfde zin kan worden begrepen.

⁶³ GvEA 7 oktober 2009, nr. T-420 (*Vischim*).

⁶⁴ HvJ EG 23 oktober 1974, nr. 17/74 (*Transocean Marine Paint*).

Het Hof geeft in haar arresten een nadere invulling die is toegesneden op de in behandeling zijnde zaak. In het arrest *Transocean* ging het om voorwaarden welke de Europese Commissie verbond aan voortzetting van een ontheffing van een kartelverbod. Het Hof stelde dat de hoorplicht gold omdat het ging om voorwaarden “waarbij niet te verwaarlozen en veel omvattende verplichtingen” werden opgelegd. De hoorplicht geldt ook als het overheidsorgaan een sanctie wil opleggen, zo blijkt uit het arrest *Hoffmann La Roche* uit 1979: “in iedere procedure die kan leiden tot het opleggen van sancties, met name geldboeten of dwangsommen.”⁶⁵ Het intrekken van een subsidie verplicht eveneens tot horen.⁶⁶

Widdershoven gaat ervan uit dat het Hof in het arrest *Lisrestal* is overgegaan tot een aanscherping omdat het Hof in dit arrest de volgende woorden gebruikt: “in iedere procedure tegen iemand die tot een bezwarend besluit kan leiden.”⁶⁷ Hij, en enkele andere auteurs herhalen dit in 2006.⁶⁸ Het Hof gaat echter niet zo ver. Even verderop in hetzelfde arrest geeft het immers aan dat het moet gaan om “besluiten die hun belangen aanmerkelijk beïnvloeden.”⁶⁹ Deze woorden gebruikt het Hof later ook in het arrest *Cipriani*.⁷⁰ In het arrest *Sopropé* gebruikt het Hof weliswaar iets andere woorden, maar bedoelt hetzelfde.⁷¹ Ter illustratie: een bezwarend besluit houdt naar mijn mening niet automatisch in dat iemand aanmerkelijk in zijn belangen wordt getroffen. Wanneer de Douane een bedrijf als vergunningvoorwaarde een meldplicht oplegt, voelt het bedrijf dat vast als een bezwarende maatregel. Het gaat echter te ver om te zeggen dat het bedrijf daardoor aanmerkelijk in zijn belangen wordt getroffen. Met een simpel fax- of e-mailbericht kan het bedrijf immers aan die verplichting voldoen.

Samenvattend moet een belanghebbende in de gelegenheid worden gesteld om te worden gehoord als dat in een geschreven regel staat. Als een geschreven hoorplicht ontbreekt, moet een overheidsorgaan horen als het een bezwarend besluit wil nemen waardoor een belanghebbende aanmerkelijk in zijn belangen wordt getroffen. Van het laatste is in elk geval sprake als het besluit het opleggen van verstrekkende voorwaarden (arrest *Transocean*), een sanctie (arrest *Hoffmann La Roche*) of de

⁶⁵ HvJ EG 13 februari 1979, nr. 85/76 (*Hoffmann La Roche*).

⁶⁶ HvJ EG 24 oktober 1996, nr. C-35/92 (*Lisrestal*).

⁶⁷ Widdershoven 2004, p. 311.

⁶⁸ Widdershoven e.a. 2006, p. 79.

⁶⁹ HvJ EG 24 oktober 1996, nr. C-35/92 (*Lisrestal*).

⁷⁰ HvJ EG 12 december 2002, nr. C395/00 (*Cipriani*).

⁷¹ HvJ EG 18 november 2008, nr. C-349/07 (*Sopropé*).

intrekking van een subsidie inhoudt (arrest Lisrestal). In de arresten Cipriani en Sopropé voegt het Hof hieraan toe de nabetaling van een belastingbedrag.⁷²

4.3.4 Afzien van horen

De Europese hoorplicht is niet zonder uitzonderingen. Het horen mag achterwege blijven als omstandigheden nopen tot snel handelen, bijvoorbeeld als de volksgezondheid in het geding is.⁷³ In de Verordening (EEG) 2454/93 ((PbEG 1993, L253/1) is een soortgelijke uitzondering opgenomen. Artikel 14 novodecies, lid 1 bepaalt dat de schorsing van een certificaat geautoriseerde marktdeelnemer onmiddellijk, dus zonder hoorverplichting vooraf, kan ingaan wegens de aard en de omvang van het risico voor de openbare veiligheid, de volksgezondheid of het milieu.

4.4 Inhoud van het verdedigingsbeginsel en de hoorplicht

4.4.1 Niet alleen hoorplicht

Het verdedigingsbeginsel omvat niet alleen een hoorplicht, maar stelt ook een aantal andere eisen. Gerrits-Janssens noemt, naast het recht om het eigen standpunt kenbaar te maken, de volgende:

- Recht om inlichtingen te ontvangen;
- Recht op geheimhouding van zakengeheimen en andere vertrouwelijke stukken van de betrokken ondernemingen;
- Recht op geheimhouding van verschafte informatie buiten of na de procedure;
- Verbod van zelfincriminatie;
- Legal privilege (bescherming van het contact tussen justitiabele en zijn advocaat);
- Recht op rechtsbijstand;
- Voldoende tijd om verdediging voor te bereiden.⁷⁴

De andere eisen zijn min of meer een afgeleide van het basisbeginsel om het eigen standpunt te mogen kenbaar maken. Ze zijn vanzelfsprekend erg belangrijk om de hoorplicht op een kwalitatief goede manier uit te kunnen voeren. Zonder informatie vooraf over welke beslissing het overheidsorgaan denkt te gaan nemen en zonder

⁷² HvJ EG 12 december 2002, nr. C395/00 (*Cipriani*) en HvJ EG 18 november 2008, nr. C-349/07 (*Sopropé*).

⁷³ HvJ EG 15 juni 2006, nr. C28/05 (*Dokter e.a.*).

⁷⁴ Gerrits-Janssens 1998, p. 189-197.

voldoende tijd om je reactie voor te bereiden heeft een hoorplicht immers weinig tot geen waarde!

4.4.2 Inhoud van de hoorplicht

Wat houdt het recht om het eigen standpunt kenbaar te maken nu precies in? In een recent arrest schrijft het Hof: “hun standpunt kenbaar maken over de elementen waarop de administratie haar besluit wil baseren.”⁷⁵ Widdershoven e.a. geven aan dat dit inhoudt dat “de betrokken onderneming zijn standpunt naar voren moet kunnen brengen over de juistheid en relevantie van de gestelde feiten en omstandigheden, over de stukken waarmee de Commissie de inbreuk heeft gestaafd en over de conclusies die de Commissie heeft getrokken uit de voorliggende stukken.”⁷⁶ Zij spitsen dit toe op het mededingingsrecht, maar dit kan naar mijn mening uiteraard ook gelden voor de andere rechtsgebieden.

Belanghebbende moet zich dus kunnen uitlaten over de beslissing die het overheidsorgaan wil nemen en over de gronden en de informatie waarop het zich baseert. Overigens zegt het Hof niet expliciet dat het horen moet gebeuren aan de hand van een conceptbesluit. Het is naar mijn mening echter buiten twijfel dat het Hof eist dat de contouren van het besluit bekend moeten zijn, evenals de gronden waarop het overheidsorgaan zich baseert. Al in het arrest *Transocean* geeft het Hof aan “dat deze regel meebrengt dat de ondernemingen tijdig duidelijk op de hoogte worden gesteld van de wezenlijke inhoud der voorwaarden die de Commissie voornemens is aan de ontheffing te verbinden” (cursivering en onderstreping door mij aangebracht).⁷⁷ Hieruit is ook af te leiden dat het horen moet plaatsvinden voordat het besluit wordt genomen. Dit blijkt ook uit het arrest *Sopropé*: “aan de adressaat van een bezwarend besluit de gelegenheid moet worden gegeven om zijn opmerkingen kenbaar te maken voordat dit besluit wordt genomen” (cursivering en onderstreping door mij aangebracht).⁷⁸

Of de te horen belanghebbende mondeling, schriftelijk of op beide wijzen mag reageren, wordt in de arresten van het Hof niet duidelijk. Widdershoven e.a. gaan uit van het laatste.⁷⁹ Als een Nederlands bestuursorgaan vanuit het communautaire

⁷⁵ HvJ EG 18 november 2008, nr. C-349/07 (*Sopropé*).

⁷⁶ Widdershoven e.a. 2006, p. 80.

⁷⁷ HvJ EG 23 oktober 1974, nr. 17/74 (*Transocean Marine Paint*).

⁷⁸ HvJ EG 18 november 2008, nr. C-349/07 (*Sopropé*).

⁷⁹ Widdershoven e.a. 2006, p. 80.

verdedigingsbeginsel een hoorverplichting heeft, volgt uit het in paragraaf 2.5. genoemde gelijkwaardigheidsbeginsel dat de Awb-regel die bepaalt dat de belanghebbende mag kiezen moet gelden.

4.5 Op wie rust de hoorplicht?

Het antwoord op deze vraag is op zich simpel. De organen en instellingen die belast zijn met de uitvoering van de Europese regels zijn belast met het horen van belanghebbenden. Ten eerste zijn dit de Europese organen en instellingen zoals de Europese Commissie. Zij zijn op grond van artikel 51 lid 1 Handvest gehouden de hoorplicht toe te passen als artikel 41 Handvest dat voorschrijft. Het Handvest heeft sinds de inwerkingtreding van het VEU een zwaarder gewicht. Het heeft volgens artikel 6 lid 1 VEU dezelfde juridische waarde als het verdrag. Dit betekent dat het Hof de gedragingen van de Europese instellingen toetst aan het Handvest.

In paragraaf 2.5. schreef ik dat in heel veel situaties de lidstaten belast zijn met de uitvoering van het Europese recht. Het zou simpel zijn als de hoorverplichting voor de lidstaten ook zou zijn gebaseerd op het Handvest. Dit kan niet om twee redenen. Het Verenigd Koninkrijk, Polen en Tsjechië hebben bedongen dat het Hof gedragingen van hun overheidsorganen niet kunnen toetsen aan het Handvest. Het Handvest heeft in deze lidstaten bovendien geen rechtstreekse werking. Deze uitzonderingen hebben geen gevolgen voor de werking in Nederland. Echter, artikel 41 Handvest heeft een beperktere werking dan de meeste andere bepalingen. De in dit artikel genoemde rechten gelden alleen als de organen en instellingen van de Europese Unie een besluit nemen. De lidstaten kunnen dus niet op grond van het handvest worden verplicht om de Europese hoorplicht uit te voeren. De opmerking van Van der Schoot dat het Hof artikel 41 nogal onverwacht ook op de lidstaten van toepassing verklaart vind ik daarom nogal vreemd.⁸⁰ Ten tijde van het verschijnen van het arrest Sopropé was het VEU nog niet in werking waardoor het Handvest nog niet rechtstreeks toepasbaar was.

De lidstaten kunnen op andere gronden wel worden verplicht tot toepassing van de hoorplicht, bijvoorbeeld via een rechtstreeks werkende verordening. Artikel 14 novodecies Verordening (EEG) 2454/93 (PbEG 1993, L253/1), bijvoorbeeld, verplicht

⁸⁰ Van der Schoot 2009, p. 1432-1435.

de douanediensdiensten van de lidstaten te horen als ze het voornemen hebben om een AEO certificaat veiligheid te schorsen.⁸¹

Als er geen geschreven regel is, gelden de uitgangspunten zoals het Hof die heeft geformuleerd in haar arresten. De hoorplicht geldt immers ook als er geen specifiek voorschrift is. Het is echter niet altijd even duidelijk geweest wanneer een lidstaat dan de verplichting heeft en het is de vraag of dit nu al helemaal is uitgekristalliseerd. Het hangt er van af of de lidstaat met de uitvoering belast is op basis van rechtstreeks geldende Europese wetgeving of dat dit gebeurt op grond van in nationale wetgeving geïmplementeerde Europese wetgeving.

Volgens Widdershoven geldt de hoorplicht bij wat hij in 2004 directe uitvoering van het gemeenschapsrecht noemt. Dit is de uitvoering van verdragsbepalingen en verordeningen.⁸² Het Hof van Justitie bevestigt dit in het arrest Sopropé, dat gaat over de toepassing van een onderdeel van het douanerecht. Het douanerecht wordt voor het overgrote deel beheerst door Europese verordeningen, waaronder de bepalingen over het ontstaan van een douaneschuld en de verplichting om deze aan de belastingplichtige mee te delen. Tegenover directe uitvoering zet Widdershoven indirecte uitvoering. Hiermee bedoelt hij situaties waarin de Europese wetgeving de tenuitvoerlegging niet volledig voorschrijft. Richtlijnen zijn hiervan een voorbeeld omdat ze moeten worden omgezet in nationale wetgeving. Widdershoven geeft aan dat dan in principe de nationale rechtsbeginselen gelden, mits wordt voldaan aan twee beginselen die ik in paragraaf 2.5. heb besproken: het gelijkwaardigheidsbeginsel en het effectiviteitsbeginsel.⁸³ Je kunt je echter afvragen of het Hof toch niet vindt dat bij de toepassing van regels afkomstig uit richtlijnen het verdedigingsbeginsel onverkort heeft te gelden. Zo gaan de eerder genoemde arresten Cipriani en Dokter over zaken die hun oorsprong vinden in een Europese richtlijn, de eerste over accijns en de tweede over de bestrijding van mond- en klauwzeer. In beide arresten wijst het Hof op het verdedigingsbeginsel als grondbeginsel van het gemeenschapsrecht. In het arrest Dokter besliste het Hof dat de hoorplicht niet gold. De reden hiervoor was niet de indirecte uitvoering, maar de in paragraaf 4.3.4. genoemde ernst van de situatie die snel handelen noodzakelijk maakte. Ik neig er naar te veronderstellen dat de hoorplicht

⁸¹ Een AEO certificaat veiligheid geeft marktdeelnemers een aantal voordelen, bijvoorbeeld voorrang als de Douane goederen wil controleren. Marktdeelnemers moeten aan een aantal voorwaarden voldaan om een AEO certificaat veiligheid te verkrijgen.

⁸² Jans e.a. 2002, p. 241-246 en Widdershoven 2004, p. 306-307.

⁸³ Widdershoven 2004, p. 311.

ook bij indirecte toepassing van het gemeenschapsrecht moet worden toegepast. Voorzichtigheid is echter geboden omdat dit verstrekken gevolgen kan hebben. Het zou bijvoorbeeld kunnen betekenen dat alle door de Belastingdienst op te leggen naheffingen omzetbelasting onder de werking van de Europese hoorplicht vallen.

4.6 Niet voldoen aan de hoorplicht

Deze paragraaf heeft precies dezelfde kop als paragraaf 3.9. Het onderwerp is dan ook hetzelfde. Wat doet de rechter als het bestuur zich niet houdt aan, in dit geval, de Europese hoorplicht?

Dat het Hof de hoorplicht belangrijk vindt, blijkt wel uit de eerder in dit hoofdstuk genoemde arresten. In sommige gevallen kon het Hof zelf beslissen wat er met het bestreden besluiten moest gebeuren omdat deze besluiten waren genomen door de Europese Commissie. De belanghebbenden moesten in deze zaken rechtstreeks een beroep doen op het Hof. Het Hof verklaart in de arresten *Transocean* en *PTT* de beslissing van de Commissie nietig en verwijst de zaken terug naar de Europese Commissie.⁸⁴ De Commissie moest dus opnieuw een besluit nemen. Nietigverklaring door het Hof betekende dus niet dat de inhoud van het besluit van tafel was. In de zaak *Lisrestal* nam het Hof het eerdere oordeel van het Gerecht van Eerste aanleg over, de nietigverklaring bleef gehandhaafd.⁸⁵ Interessant is het arrest *Hoffmann La Roche*. In deze zaak had de Europese Commissie betrokkenen wel in de gelegenheid gesteld hun standpunt kenbaar te maken, maar had de Commissie geweigerd bepaalde informatie te overleggen. De Commissie beriep zich hierbij op haar geheimhoudingsplicht. Tijdens de procedure voor het Hof maakte de Commissie de bedoelde informatie alsnog openbaar. Het Hof oordeelt dat een dergelijke herstelactie ertoe leidt dat de bestreden beschikking niet noodzakelijkerwijze vernietigd wordt, op voorwaarde dat het verdedigingsbeginsel hierdoor niet alsnog wordt geschonden.⁸⁶ Het laatste zou het geval kunnen zijn als het openbaar maken ten onrechte is gebeurd, bijvoorbeeld als de betreffende informatie afkomstig is van een derde.

Het Hof heeft zich ook na verzoeken om een prejudiciële beslissing uitgesproken over de hoorplicht. Het Hof legt dan de Europese regels uit, maar neemt zelf geen

⁸⁴ HvJ EG 23 oktober 1974, nr. 17/74 (*Transocean Marine Paint*), HvJ 12 februari 1992, nr. C48/90 en C66/90 (*PTT en Nederland tegen Commissie*).

⁸⁵ HvJ EG 24 oktober 1996, nr. C-35/92 (*Lisrestal*).

⁸⁶ HvJ EG 13 februari 1979, nr. 85/76 (*Hoffmann La Roche*).

beslissing. Het oordeel is dus uiteindelijk aan de om uitleg vragende nationale rechter. Voorbeelden hiervan zijn de eerder genoemde arresten Cipriani, Dokter en Sopropé. De Nederlandse douanerechter heeft zich na de komst van het arrest Sopropé een aantal keren uitgesproken over zaken waarbij de Nederlandse Douane belanghebbende in de voorbereidingsfase niet had gehoord. Op 12 maart 2009 en 3 april 2009 vernietigde de rechtbank uitnodigingen tot betaling (van invoerrecht).⁸⁷ Het lijkt er echter niet op dat dit een vervolg krijgt bij de hogere rechter. De douanekamer van het Gerechtshof Amsterdam gaat op de “nationale toer”, de schending van de verdedigingsbelangen van belanghebbende lijkt de doorslag te gaan geven voor de beslissing of het besluit wordt vernietigd of niet. Het gerechtshof hecht grote waarde aan het horen in de voorbereidingsfase, maar vindt dat een procedurefout als het schenden van de hoorplicht niet automatisch tot vernietiging van het besluit moet leiden. De rechters beroepen zich hierbij op arresten van het Hof van Justitie en de Hoge Raad. Verder speelde een rol dat tussen belanghebbende en Douane nooit verschil van mening over de feiten heeft bestaan, belanghebbende in de bezwaar- en in de beroepsfase is gehoord en de Douane met betrekking tot het geschil geen beleidsvrijheid had.⁸⁸ Het gerechtshof oordeelt in een latere uitspraak dat kosten die belanghebbende moet maken voor het instellen van rechtsmiddelen hem niet in zijn verdedigingsbelangen kunnen schaden omdat deze kosten kunnen worden vergoed in de procedure.⁸⁹

Het beroep dat het Gerechtshof doet op het arrest *Distillers Company Ltd.* van het Hof van Justitie roept bij mij toch wel vragen op. Het Hof achtte het verdedigingsbeginsel in deze zaak inderdaad niet geschaad. De Europese Commissie had belanghebbende in de voorbereidingsfase echter wel gehoord. De procedurefout bestond uit het te laat informeren van een adviescommissie over het standpunt van belanghebbende. Belanghebbende had ook fouten gemaakt door bepaalde informatie niet aan de Commissie te overleggen.⁹⁰ Ik ben benieuwd of het Hof de opvatting van het Amsterdamse Gerechtshof deelt. Er zijn echter prejudiciële vragen nodig om hier achter te komen.

⁸⁷ Rb Haarlem (douanekamer) 12 maart 2009, *LJN* BH9755 en Rb Haarlem (douanekamer) 3 april 2009, nr. 08/01021, *NTR* 2009-1617 (m.nt. A.A. Feenstra).

⁸⁸ Hof Amsterdam (douanekamer) 4 maart 2010, nr. 08/00703 en 08/00704.

⁸⁹ Hof Amsterdam (douanekamer) 20 mei 2010, nr. 08/00208.

⁹⁰ HvJ EG 10 juli 1980, nr. 30/78 (*Distillers Company Ltd*).

4.7 Afsluiting

Het Hof hecht in de voorbereidingsfase onmiskenbaar veel waarde aan de verdedigingsbelangen, waaronder de hoorplicht. Deze heeft in de loop der jaren dan ook vaste voet aan de grond gekregen in het Europese recht. Dit blijkt bijvoorbeeld uit het opnemen van de hoorplicht in het Handvest van de Grondrechten en in een aantal rechtstreeks werkende verordeningen. Of dit Nederlandse burgers en bedrijven veel zal helpen is de vraag. In elk geval de douanekamer van het Gerechtshof Amsterdam lijkt het schenden van de hoorplicht te benaderen vanuit het nationale perspectief. Als de verdedigingsbelangen van de klager niet zijn geschaad, zal het gerechtshof waarschijnlijk voorbij gaan aan de schending van de hoorplicht.

Dit hoofdstuk, en het vorige, gingen met name over doel en inhoud van de hoorplicht. Ook kwamen de gevolgen van het niet nakomen aan bod. Een bestuursorgaan is na het horen echter nog niet klaar. Het horen is immers niet het sluitstuk van de besluitvorming, het definitieve besluit moet nog worden genomen. Het volgende hoofdstuk gaat daarom over wat het bestuursorgaan na het horen moet doen.

5 Vervolg van de besluitvorming

De voorbereidingsfase strekt zich uit van het moment van de ontvangst van de aanvraag (of vanaf de beslissing een ambtshalve besluit te willen nemen) tot en met het moment dat het bestuursorgaan het besluit neemt. Het horen maakt, zoals ik in paragraaf 2.3. al schreef, onderdeel uit van de voorbereidingsfase. Het bestuursorgaan moet na het horen dus verder waarbij het voor de hand ligt dat het het traject van besluitvorming gaat afronden. Het uitgangspunt dat een juridisch juist besluit tot stand komt geldt hierbij vanzelfsprekend nog steeds. Ook blijven de regels gelden die ervoor moeten zorgen dat het bestuursorgaan zorgvuldig te werk gaat. Kortom, het zorgvuldigheidsbeginsel geldt nog steeds.

Dit hoofdstuk gaat over belangenafweging en heroverweging. Ik ga vooral in op de vraag of er na het horen sprake is van heroverweging door het bestuursorgaan. Daarbij komt zowel onze nationale als de Europese rechtsorde ter sprake.

5.1 Belangenafweging in het nationale recht

Ik beschreef in paragraaf 3.2. het zorgvuldigheidsbeginsel en constateerde daar dat dit beginsel een formele en een materiële kant heeft. De hoorplicht is onderdeel van het formele gedeelte, de materiële kant is de belangenafweging. De laatste is gecodificeerd in artikel 3:4 lid 1 van de Awb. Het is niet zo dat het bestuursorgaan altijd (evenveel) ruimte heeft om belangen af te wegen. De omvang van de belangenafweging hangt af van de beslissingsruimte die het bestuur heeft. In paragraaf 2.2. staat meer over dit onderwerp.

Wat houdt de afweging van belangen in? Artikel 3:4 lid 1 Awb bepaalt dat het bestuursorgaan alle rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen moet afwegen, tenzij uit de wet of uit de aard van de bevoegdheid een beperking voortvloeit. De af te wegen belangen kunnen bijvoorbeeld het algemeen belang, de belangen van de direct belanghebbende(n) en/of de (deel)belangen van derdebelanghebbende(n) zijn. De formulering “rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen” beperkt de verplichting tot belangenafweging. Het bestuursorgaan is hierdoor niet gehouden rekening te houden met belangen die niet direct door het besluit worden getroffen. De Memorie van Toelichting noemt als voorbeeld toevallige effecten die het bestuursorgaan alleen na

zeer vergaande informatievergaring zou kunnen kennen.⁹¹ De tweede beperking staat ook in lid 1 en wel in het tweede deel. Uit de wet of uit de aard van de bevoegdheid kan een beperking van de belangenafweging volgen. Dit betekent dat belangen die (in het concrete geval) geen rol behoren te spelen niet mogen worden meegewogen. De beperking kan ook uit de strekking van een wettelijke bepaling of uit de verhouding tussen wettelijke bepalingen blijken.⁹² Artikel 43 lid 1 Wet op de accijns bepaalt dat een vergunning accijnsgoederenplaats⁹³ moet worden verleend tenzij de inspecteur gegronde redenen heeft om aan te nemen dat de aanvrager niet zal voldoen aan bepalingen uit de accijnswetgeving. De inspecteur kan de aanvraag niet afwijzen als hij die aanwijzingen niet heeft, terwijl de aanvrager de accijnsgoederenplaats wil vestigen in een beschermd natuurgebied. Het natuurbeschermingsbelang hoort geen rol te spelen bij de toepassing van de accijnswetgeving.

De nationale hoorverplichtingen staan in dienst van de zorgvuldige voorbereiding van een besluit. Zie hiervoor hoofdstuk 3. Het horende bestuursorgaan verzamelt informatie die mogelijk nog ontbreekt. Tot die informatie kunnen belangen horen die voor het bestuursorgaan tot dan toe onbekend waren. Artikel 3:4 Awb vereist dat die belangen worden meegewogen, tenzij ze als gevolg van de beperkingen van het artikel niet mogen worden meegewogen. De belangenafweging speelt na de hoorplicht dus nog een belangrijke rol.

5.2 Heroverweging

Heroverweging is de kern van de behandeling van een bezwaarschrift. Ik kom hier op terug in hoofdstuk 6. Speelt herooverweging ook een (belangrijke) rol nadat het bestuursorgaan belanghebbende(n) heeft gehoord in de voorbereidingsfase?

5.2.1 Positie van het bestuursorgaan voordat het horen plaatsvindt

Om een antwoord op de vraag in de vorige alinea te kunnen geven, is het eerst van belang om de positie van het bestuursorgaan voordat het gaat horen te bepalen.

Het is nauwelijks voor te stellen dat een bestuursorgaan de hoorplicht blanco, dat wil zeggen zonder dat het weet in welke richting het besluit zal moeten uitvallen, in

⁹¹ *Kamerstukken II 1988/89, 21 221, nr. 3, p. 67-68 (MvT).*

⁹² *Kamerstukken II 1988/89, 21 221, nr. 3, p. 68 (MvT).*

⁹³ In een accijnsgoederenplaats mogen accijnsgoederen, bijvoorbeeld minerale oliën, zonder betaling van accijns worden vervaardigd. Een olieraffinaderij heeft een vergunning accijnsgoederenplaats nodig om te kunnen werken.

gaat. Als het bestuursorgaan toch blanco aan het horen begint voldoet het in elk geval bij toepassing van de UOV niet aan de Awb. Artikel 3:11 lid 1 Awb bepaalt dat het bestuursorgaan een ontwerpbesluit met de daarbij behorende stukken ter inzage moet leggen. De zienswijze van een belanghebbende moet volgens artikel 3:15 lid 1 Awb betrekking hebben op het ter inzage gelegde ontwerpbesluit.

Als het bestuursorgaan de algemene hoorplicht alleen toepast als dat volgens de Awb echt moet, moet er sprake zijn van een voorgenomen afwijzing (artikel 4:7 lid 1 Awb) of van een voornemen waartegen belanghebbende naar verwachting bedenkingen zal hebben (artikel 4:8 lid 1 Awb). Het bestuursorgaan moet hierover hebben nagedacht! De in subparagraaf 3.6.3. genoemde uitspraak van het CBB duidt er op dat het bestuursorgaan daarnaast een verplichting tot het geven van informatie vooraf heeft.⁹⁴ Blanco de hoorplicht in gaan is er dus niet bij! Bij het opleggen van een bestuurlijke boete en bij een voorgenomen weigering of intrekking van een verblijfsvergunning gelden eveneens verplichtingen om belanghebbende te voorzien van informatie. Zie hiervoor de paragrafen 3.7 en 3.8.

In één situatie, de UOV, moet er dus een echt ontwerpbesluit zijn. In de andere gevallen is dat niet verplicht. Er gelden wel verplichtingen om informatie te verstrekken. Er staat echter niets aan in de weg om wel een ontwerpbesluit te maken. Het horen aan de hand van een ontwerpbesluit lijkt mij zelfs handig, zowel voor het bestuursorgaan als voor belanghebbende. Een ontwerpbesluit kan voorkomen dat het horen uitmondt in een gesprek dat, achteraf evaluerend, meer is gegaan over niet of minder relevante punten dan over de wel relevante punten. Dit is een risico als het bestuursorgaan een (meer) passieve houding inneemt.

5.2.2 Wat is heroverweging?

In het Verklarend woordenboek Openbaar bestuur staat een omschrijving van het begrip heroverweging. Het is “een evaluatie t.o.v. het bestaande beleid op verschillende terreinen van overheidszorg. Het doel van een heroverweging is, gezien de geringe budgetruimte, de doelmatigheid en de actualiteitswaarde van het beleid te toetsen, zodat er op grond van de resultaten een betere politieke prioriteitenstelling kan worden gerealiseerd”.⁹⁵ Deze omschrijving is niet bruikbaar voor wat er na het horen moet gebeuren omdat zij vooral is toegesneden op de politieke beleidsvorming en

⁹⁴ CBB 10 juni 2004, AB 2004, 325.

⁹⁵ Ten Berge e.a. 1992, p. 226.

evaluatie van een overheidsorgaan. Van Dale heeft voor mijn onderwerp een betere en doeltreffende beschrijving: “opnieuw overwegen”.

Wat heroverweging in de bezwaarfase inhoudt is ook hier van belang. De centrale vraag van dit onderzoek is immers “moet de mogelijkheid om tegen een besluit bezwaar te maken niet worden vervangen door een altijd geldende en met waarborgen omklede hoorplicht bij de voorbereiding van het besluit?” Het is dan niet ondenkbaar dat een stevig verankerde heroverweging een belangrijke rol zal moeten gaan spelen. Ik bespreek in dit hoofdstuk alleen de omvang van de heroverweging in de bezwaarfase. De overige aspecten komen aan de orde in het volgende hoofdstuk.

De heroverweging in de bezwaarfase is volledig. Het betekent dat het bestuursorgaan niet alleen naar de rechtmatigheid van het besluit moet kijken, maar ook de bij het besluit betrokken belangen moet afwegen.⁹⁶ Het laatste betekent dat in de heroverweging ook het beleid van het bestuursorgaan moet worden betrokken.⁹⁷ Dit betreft de toepassing van het vastgestelde beleid in de concrete situatie, niet de evaluatie van het beleid zelf. Damen e.a. omschrijven de volledige heroverweging kort en krachtig, en in lijn met de betekenis in Van Dale, met “het bestuursorgaan doet de besluitvorming over.”⁹⁸

Uiteraard is ook bij de heroverweging in de bezwaarfase belangenafweging alleen mogelijk binnen de beslissingsruimte die het bestuursorgaan heeft. Dit betekent dat bij gebonden beschikkingen de heroverweging beperkt blijft tot de rechtmatigheid van het besluit. Notten schrijft dat het belang van heroverweging dan doorgaans gering wordt geacht. Hij vindt dit echter een onderschatting omdat de feiten toch opnieuw moeten worden onderzocht om tot een juiste beslissing te kunnen komen.⁹⁹

5.2.3 Is er na de hoorplicht sprake van heroverweging?

Er is uiteraard geen sprake van heroverweging van een besluit. De reden hiervoor is simpel. Het bestuursorgaan heeft nog geen besluit genomen dat het kan heroverwegen.

De werkzaamheden die het bestuursorgaan na het horen moet uitvoeren lijken naar mijn mening wel degelijk op heroverwegen. Ik heb in de vorige subparagraaf beschreven dat het bijna niet is voor te stellen dat het bestuursorgaan het horen blanco

⁹⁶ Van Buuren 2009 (T&C Awb), aant. 2 bij art. 7:11.

⁹⁷ *Kamerstukken II* 1988/89, 21 221, nr. 3, p. 153 (MvT).

⁹⁸ Damen e.a. 2009 (2), p. 193.

⁹⁹ Notten 1998, p. 29.

ingaat. De zienswijze van belanghebbende kan nieuwe informatie in de vorm van nog onbekende feiten of nog onbekende belangen opleveren. Het bestuursorgaan zal eerst moeten onderzoeken of de nieuwe informatie voor het te nemen besluit van belang is. Zo ja, dan kan dit tot gevolg hebben dat er een bijstelling van het ontwerpbesluit of van de gedachten van het bestuursorgaan moet plaatsvinden. Dit is een vorm van heroverwegen. Het bestuursorgaan overweegt, in elk geval deels, opnieuw. Ik denk dat belanghebbenden dit ook zo zullen ervaren als het uiteindelijke besluit (deels) in voor hen positieve zin afwijkt van wat het bestuursorgaan in eerste instantie van plan was.

Het bestuursorgaan handelt, als het dit niet doet, in strijd met het uitgangspunt dat er uiteindelijk een juridisch juist besluit moet worden genomen. En het handelt in strijd met artikel 3:4 Awb als het niet alle af te wegen belangen afweegt.

5.3 Belangenafweging en heroverweging in het Europese recht?

Het Europees recht kent geen geschreven verplichting tot belangenafweging zoals in ons nationale artikel 3:4 lid 1 Awb. Toch is er in de jurisprudentie van het Hof wel een aanwijzing te vinden dat er belangenafweging moet plaatsvinden. Zo overweegt het Hof in het arrest *Sopropé*: “de regel dat aan de adressaat van een bezwarend besluit de gelegenheid moet worden gegeven om zijn beperkingen kenbaar te maken voordat dit besluit wordt genomen, heeft tot doel de bevoegde autoriteit in staat te stellen naar behoren rekening te houden met alle relevante elementen. Hij beoogt met name, ter verzekering van de effectieve bescherming van de betrokken persoon of onderneming, deze laatsten in staat te stellen om een vergissing te corrigeren of individuele omstandigheden aan te voeren die ervoor pleiten dat het besluit wordt genomen, niet wordt genomen of dat in een bepaalde zin wordt besloten.”¹⁰⁰ Ook in de Europese wetgeving zijn aanwijzingen te vinden dat, als daarvoor ruimte is, belangenafweging moet plaatsvinden. Artikel 86 Verordening (EEG) nr. 2913/92 (PbEG 1992, L302/1) geeft ruimte voor belangenafweging door te bepalen dat sommige douanevergunningen alleen worden afgegeven als de administratieve maatregelen (bijvoorbeeld de kosten van het noodzakelijke toezicht) in verhouding staan tot de economische behoeften van de vergunningaanvrager. Artikel 10 van de Verordening nr. (EG) 1/2003 (PbEG 2003, L1/1) bevat ook verplichting tot het afwegen van belangen: ‘Indien het algemeen belang van de Gemeenschap met betrekking tot de toepassing van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag dit vereist, kan de Commissie

¹⁰⁰ HvJ EG 18 november 2008, nr. C-349/07 (*Sopropé*).

ambtshalve bij beschikking vaststellen dat artikel 81 van het Verdrag niet op een overeenkomst, een besluit van een ondernemersvereniging of een onderling afgestemde feitelijke gedraging van toepassing is, hetzij omdat niet aan de voorwaarden van artikel 81, lid 1, van het Verdrag is voldaan, hetzij omdat aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, van het Verdrag is voldaan.”

De positie waarin een orgaan of instelling van de Europese Unie dan wel een overheidsorgaan van een lidstaat belast met de uitvoering van Europese wetgeving het horen start, verschilt niet van de Nederlandse. In paragraaf 4.4.2. beschreef ik een aantal door het Hof gestelde eisen over de informatie die het bestuursorgaan voorafgaande aan het horen moet verstrekken. Hieruit volgt naar mijn mening dat de contouren van het voorgenomen besluit bij het bestuursorgaan bekend moeten zijn voordat het horen plaatsvindt. Het is bovendien niet verboden om alvast een ontwerpbesluit te maken.

Het Hof stelt in de hierboven geciteerde passage uit het arrest Sopropé nadrukkelijk dat rekening wordt gehouden met de uitkomsten van het horen. De hoorplicht moet dus ook hier leiden tot het opnieuw beoordelen van feiten en afwegen van belangen. En, als daartoe aanleiding is, wijziging van de inhoud van een ontwerpbesluit wanneer dat in een definitief besluit wordt gegoten of van de gedachten van het overheidsorgaan. Er is dus ook in de Europese rechtsorde sprake van heroverweging.

5.4 Afsluiting

De vraag of er na de hoorplicht sprake is van heroverweging in de betekenis van Van Dale en de bedoeling van de volledige heroverweging in de bezwaarfase moet naar mijn mening met “ja” worden beantwoord. Als daartoe aanleiding is moet het bestuursorgaan op basis van informatie uit de hoorfase een ander besluit nemen dan het zich had voorgenomen. Het volgende hoofdstuk gaat dieper in op de toetsing van besluiten in de bezwaarfase en de beroepsfase. Het dient als aanloop naar een daarop volgend hoofdstuk waarin ik de overeenkomsten en verschillen tussen de verschillende fasen zal behandelen.

6 Bezwaar en beroep

In paragraaf 2.4. over bestuursrechtelijke rechtsbescherming ben ik in het kort ingegaan op de bezwaarfase en de beroepsfase. Om een antwoord te kunnen geven op de centrale vraag van dit onderzoek is het noodzakelijk om dieper in te gaan op deze fasen, en dan vooral op de bezwaarfase. Deze staat daarom centraal in het eerste deel van dit hoofdstuk. Daarna komt de beroepsfase aan de orde. Ik besteed hier enige aandacht aan omdat het van belang is om te weten hoe de instantie die volgt op de bezwaarfase, de bestuursrechter, toetst.

6.1 “Maken van bezwaar”

De Awb bevat in lid 1 van artikel 1:5 het begrip “maken van bezwaar”. Het begrip bevat drie kenmerken, te weten de wettelijk toegekende bevoegdheid om bezwaar te mogen maken, het vragen van een voorziening tegen een besluit en het orgaan dat het bezwaarschrift behandelt.

De wetgever heeft een vrij ingewikkelde constructie gekozen om te bepalen of iemand de bevoegdheid heeft om bezwaar te maken. Dit komt door de koppeling aan het recht om beroep in te stellen bij de bestuursrechter. Artikel 20.1 lid 1 Wet Milieubeheer, bijvoorbeeld, bepaalt dat tegen een op grond van die wet genomen besluit beroep kan worden ingesteld bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Artikel 7:1 lid 1 Awb bepaalt dat wie in beroep wil komen eerst bezwaar moet maken. De bevoegdheid tot beroep en het eerst bezwaar moeten maken vormen samen de wettelijk toegekende bevoegdheid.

Het tweede kenmerk van het begrip is het vragen van een voorziening tegen een besluit. Bezwaar maken kan in beginsel alleen tegen een in paragraaf 2.2. bedoeld besluit.¹⁰¹ De bezwaarmaker probeert door het indienen van een bezwaarschrift de inhoud van een door een bestuursorgaan genomen besluit te veranderen in een voor hem positieve richting. Tenslotte het overheidsorgaan dat het bezwaarschrift behandelt: de voorziening moet worden gevraagd bij het bestuursorgaan dat het besluit heeft genomen. Dit bestuursorgaan behandelt het bezwaarschrift en neemt ook de beslissing op het bezwaarschrift.

¹⁰¹ Soms is het maken van bezwaar ook mogelijk zonder besluit, n.l. als een bestuursorgaan weigert een besluit te nemen of als een bestuursorgaan de termijn voor het nemen van een besluit overschrijdt.

6.2 Karakter en functies van de bezwaarfase

Bezwaar wordt vaak bestempeld als een bestuurlijke voorprocedure, o.a. door Damen e.a. en Helder.¹⁰² Deze term geeft aan dat de procedure voorafgaat aan de gang naar de onafhankelijke bestuursrechter.

De regering ziet de bezwaarfase als een vorm van rechtsbescherming voor de burger waarbij het (bevredigend) afronden van de bestuurlijke besluitvorming een belangrijke rol speelt.¹⁰³ Helder geeft een duidelijke omschrijving: “de grondgedachte is, dat het de voorkeur verdient een geschil tussen een burger en een bestuursorgaan niet onmiddellijk aan de rechter voor te leggen. Het is beter om het bestuur eerst de kans te geven een besluit opnieuw te bezien.”¹⁰⁴ Bij de totstandkoming van de tweede tranche van de Awb benadrukt de regering de functie van rechtsbescherming.¹⁰⁵

De visie van de regering heeft tot gevolg dat de bezwaarfase zowel elementen van bestuurlijke besluitvorming als van rechtspraak in zich heeft. Dit leidt volgens Sanders en Koenraad tot tweeslachtigheid, vooral als je de procedure bekijkt door de ogen van de bij de bezwaarfase betrokken partijen, de burger en het bestuursorgaan. De burger vindt het vooral een vorm van rechtsbescherming terwijl het bestuursorgaan de procedure beschouwt als verlengde besluitvorming.¹⁰⁶

In de loop van de jaren hebben de regering en de rechtswetenschap veel aandacht besteed aan de doelen en functies van de bezwaarfase. De verlengde bestuurlijke besluitvorming uit de karakterisering behoort hier toe. De bezwaarfase heeft ook een zeef- en verduidelijkingsfunctie.¹⁰⁷ Damen e.a. geven aan dat deze twee functies de relatie tussen de bezwaarfase en de beroepsfase aangeeft. De bezwaarfase moet ervoor zorgen dat minder zaken aan de bestuursrechter worden voorgelegd. In de bezwaarfase kunnen de punten van geschil tussen belanghebbende en bestuursorgaan bovendien scherp(er) worden afgebakend en er kan een goed dossier worden gevormd. Het maakt de behandeling in de beroepsfase eenvoudiger.¹⁰⁸ De Memorie van Toelichting noemt ook nog de leerfunctie. Het bestuursorgaan kan leren

¹⁰² Damen e.a. 2009 (2), p. 173 en Helder 1997, p. 20.

¹⁰³ *Kamerstukken II* 1988/89, 21 221, nr. 3, p. 115 (MvT).

¹⁰⁴ Helder 1997, p. 20.

¹⁰⁵ *Kamerstukken II* 1991/92, 22 495, nr. 3, p. 23 (MvT).

¹⁰⁶ Koenraad en Sanders 2006, p. 11-13.

¹⁰⁷ *Kamerstukken II* 1988/89, 21 221, nr. 3, p. 115-116 (MvT).

¹⁰⁸ Damen e.a. 2009 (2), p. 176-177.

van wat er in de voorbereidingsfase fout is gedaan en dit gebruiken bij de verbetering van de besluitvormingsprocessen.¹⁰⁹

6.3 Heroverweging in de bezwaarfase

De bezwaarfase start volgens artikel 6:4 lid 1 Awb door het indienen van een bezwaarschrift bij het bestuursorgaan. Het bestuursorgaan moet eerst de ontvankelijkheid van het bezwaarschrift onderzoeken, dat betekent een onderzoek naar ondermeer de tijdige indiening van het bezwaarschrift. Het bestuursorgaan onderzoekt dan ook of de indiener belanghebbende is. Alleen een ontvankelijk bezwaarschrift gaat door naar “de volgende ronde” van de bezwaarfase, de heroverweging.

De in artikel 7:11 lid 1 Awb beschreven heroverweging is een belangrijke, misschien zelfs de belangrijkste, bepaling over wat de bezwaarfase inhoudelijk moet zijn. Van Buuren, bijvoorbeeld, noemt het “de materiële kern van de bezwaarschriftenprocedure”.¹¹⁰ Winter heeft het over “de kern van de beoordeling in bezwaar”.¹¹¹ Notten vindt het artikellid een van de meest belangrijke bepalingen van de Awb.¹¹²

Ik besprak in paragraaf 5.3.2. wat heroverweging is en de omvang van die heroverweging. Om herhaling te voorkomen komen deze onderwerpen in dit hoofdstuk niet aan de orde maar verwijs ik naar paragraaf 5.3.2.

De heroverweging in de bezwaarfase kent drie uitgangspunten. Het heroverwegen moet ten eerste plaatsvinden op grondslag van het bezwaarschrift. Verder geldt het uitgangspunt dat bezwaarmaker niet slechter mag worden van het indienen van een bezwaarschrift. Ik behandel deze uitgangspunten hierna. Tenslotte vindt de heroverweging in bezwaar in beginsel plaats naar de situatie van nu, oftewel ex-nunc.

6.3.1 “Op grondslag van het bezwaarschrift”

De bezwaarmaker neemt het initiatief, hij beslist of hij wel of niet gebruik gaat maken van zijn wettelijk recht om bezwaar te maken. Hij stelt het bezwaarschrift op of laat dat doen en bepaalt zo de inhoud ervan. Het bezwaarschrift kan zich richten op het gehele besluit of op delen ervan.

¹⁰⁹ *Kamerstukken II* 1988/89, 21 221, nr. 3, p. 115-116 (MvT).

¹¹⁰ Van Buuren 2009 (T&C Awb), aant. 1 bij art. 7:11.

¹¹¹ Damen e.a. 2009 (2), p. 193.

¹¹² Notten 1998, p. 13.

Met de woorden “op grondslag van het bezwaar” bedoelt de wetgever dat in beginsel alleen die onderdelen van het besluit die in het bezwaarschrift worden aangevochten tijdens de procedure aan de orde komen. De indiener van het bezwaarschrift bepaalt hierdoor de grenzen van het geschil. Onderdelen van het aangevochten besluit die geheel los staan van de door de bezwaarmaker aangevoerde bezwaren moeten bij de behandeling van het bezwaarschrift in beginsel buiten beschouwing worden gelaten en mogen dus niet in de heroverweging worden betrokken. Het bestuursorgaan mag overigens niet te snel concluderen dat een onderdeel van het besluit geheel los staat van de bezwaren.¹¹³ Het belastingrecht kent een wettelijke uitzondering op de regel dat de heroverweging plaatsvindt op grondslag van het bezwaar. Artikel 24a lid 2 Awr bepaalt dat een bezwaarschrift tegen een belastingaanslag zich automatisch ook richt tegen de opgelegde bestuurlijke boete, tenzij uit het bezwaarschrift het tegendeel blijkt. Er geldt hierbij wel een voorwaarde, de belastingaanslag en de boete moeten door de inspecteur in één aanslagbiljet zijn vermeld.

Het door de bezwaarmaker aangevochten onderdeel van een besluit moet in zijn geheel worden heroverwogen. Dit betekent dat alle van belang zijnde feiten, omstandigheden en belangen in de heroverweging moeten worden betrokken. De heroverweging mag dus niet beperkt blijven tot de door de bezwaarmaker gebruikte bewoordingen, feiten en argumenten.¹¹⁴ De hierna nog te bespreken herziening van het besluit kan daarom ook het gevolg zijn van de heroverweging van andere feiten, omstandigheden of belangen dan de bezwaarmaker heeft genoemd in zijn bezwaarschrift.

6.3.2 Niet slechter worden van indienen van een bezwaarschrift (*reformatio in peius*)

De heroverweging wordt beperkt door het beginsel dat de rechtspositie van de bezwaarmaker niet slechter mag worden door het indienen van het bezwaarschrift. Dit wordt het verbod op “reformatio in peius” genoemd en volgt uit de woorden “op grondslag van het bezwaar”.¹¹⁵ Stel dat degene aan wie een bestuursorgaan een vergunning heeft verleend in bezwaar komt tegen een van de vergunningvoorwaarden.

¹¹³ Van Buuren 2009 (T&C Awb), aant. 2 bij art. 7:11.

¹¹⁴ *Kamerstukken II* 1988/89, 21 221, nr. B, p. 49 (Nader rapport).

¹¹⁵ Damen e.a. 2009 (2), p. 195.

Het bestuursorgaan mag dan, als uitkomst van de bezwaarprocedure, de vergunningvoorwaarden niet nog eens flink aanscherpen.

Het beginsel is echter niet absoluut. Als het bestuursorgaan een andere bevoegdheid heeft voor het nemen van een besluit dat slechter zal uitpakken voor de bezwaarmaker, mag het dat besluit nemen. Deze bevoegdheid moet dus los staan van de bezwaarprocedure, het bestuursorgaan had het slechtere besluit ook mogen nemen als de belanghebbende geen bezwaarschrift had ingediend.¹¹⁶ De Memorie van Toelichting noemt als voorbeeld de bevoegdheid van de belastinginspecteur om belasting na te vorderen.¹¹⁷

De *reformatio in peius* betekent ook niet dat een persoon niet slechter mag worden van de indiening van een bezwaarschrift door een derdebelanghebbende. Stel dat burgemeester en wethouders een vergunning verlenen om een grote schuur te bouwen en een derdebelanghebbende komt daartegen in bezwaar. Het bestuursorgaan mag dan, na de heroverweging, overgaan tot herziening van het besluit tot verlening van de vergunning en bepalen dat de schuur een geringere omvang moet krijgen. De vergunninghouder kan wel in beroep komen tegen het herziene besluit.

6.3.3 Toetsing ex-nunc

Het bestuursrecht kent twee momenten waarnaar toetsing van een besluit plaatsvindt. Dit zijn de toetsingsmomenten *ex-tunc* en *ex-nunc*. *Ex-tunc* betekent dat het toetsende orgaan toetst naar de feiten, omstandigheden en belangen zoals die golden op het moment dat het besluit dat het toetst werd vastgesteld. Met andere woorden: toetsing naar de situatie van toen. Bij toetsing *ex-nunc* vindt toetsing juist plaats naar de feiten, omstandigheden en belangen zoals die gelden of bekend zijn op het moment dat de toetsing plaatsvindt. Met andere woorden: toetsing naar de situatie van nu.

De heroverweging in de bezwaarfase vindt in beginsel *ex-nunc* plaats. De feiten, omstandigheden en belangen van het moment waarop de beslissing op het bezwaarschrift wordt genomen spelen dus een beslissende rol. Het bestuursorgaan zal zich daarom op de hoogte moeten stellen van eventuele, ten opzichte van het moment dat het primaire besluit werd genomen, wijzigingen en ontwikkelingen. De toetsing moet meestal gebeuren naar de wetgeving die geldt op het moment dat op het

¹¹⁶ Damen e.a. 2009 (2), p. 196.

¹¹⁷ *Kamerstukken II* 1988/89, 21 221, nr. 3, p. 153 (MvT).

bezwaarschrift wordt beslist.¹¹⁸ Als tussen het moment dat het besluit werd genomen en het moment dat op het bezwaarschrift wordt beslist de wetgeving is gewijzigd, mag het bestuursorgaan echter alleen aan de nieuwe wetgeving toetsen als deze onmiddellijk in werking is getreden. Gelden er overgangsbepalingen, dan moet aan de oude wettelijke bepalingen worden getoetst. Dit geldt ook als de oude wettelijke bepalingen duidelijk gunstiger zijn voor belanghebbende. Het laatste volgt uit het rechtszekerheidsbeginsel.¹¹⁹

De woorden "in beginsel" in de vorige alinea geven al aan dat er uitzonderingen zijn op de toetsing ex-nunc. Er zijn situaties waarin het bestuursorgaan het bezwaarschrift ex-tunc zal moeten toetsen. Notten noemt er groot aantal:

- als belanghebbende tussen het moment van de aanvraag en de heroverweging wel recht had op het gevraagde, maar op moment van de heroverweging niet meer
- de aard van het besluit, bijvoorbeeld (markt)standplaatsvergunningen waarvan er maar een beperkt aantal kunnen worden verleend
- bij deadline besluiten (besluiten waarvan de aanvraag op een bepaald moment moet zijn gedaan)
- als de bijzondere wetgeving een specifiek bestuursinstrumentarium kent, bijvoorbeeld een meldingsplicht in de Woningwet
- bij de verplichte inschakeling van een wettelijk adviseur waarbij de systematiek van de bijzondere wet bepaalde gevolgen verbindt aan het verstrijken van de beslistermijn.
- bijstandszaken
- als er sprake is van een eenmalige gebeurtenis waaraan rechtsgevolgen zijn verbonden, bijvoorbeeld een verhuizing die door medische omstandigheden noodzakelijk is¹²⁰

Van Buuren voegt aan dit rijtje de sanctiebesluiten toe. Dit zijn bijvoorbeeld de last onder dwangsom en de bestuurlijke boete. De oplegging van de sanctie gebeurt veelal naar aanleiding van gebeurtenissen of omstandigheden op een bepaalde datum, de peildatum. De peildatum is ook beslissend bij de toetsing van het sanctiebesluit in bezwaar. Uitzonderingen op deze ex-tunc toetsing zijn echter wel mogelijk. In sommige

¹¹⁸ ABRvS 15 augustus 2001, AB 2001, 334

¹¹⁹ Van Buuren 2009 (T&C Awb), aant. 2 bij art. 7:11.

¹²⁰ Notten 1998, p. 43-52.

gevallen moet het bestuursorgaan rekening houden met nieuwe omstandigheden.¹²¹ Het gaat in het kader van dit onderzoek te ver om hierop dieper in te gaan. Damen e.a. noemen verder nog besluiten die zien op de situatie in een bepaald tijdvak. Deze besluiten moeten ook ex-tunc worden getoetst. Een voorbeeld hiervan is een belastingaanslag.¹²²

6.4 De uitkomst van de heroverweging in de bezwaarfase

Het bestuursorgaan zal op enig moment een beslissing moeten nemen over wat te doen met de bezwaren van belanghebbende. Wijst het bestuursorgaan ze (gedeeltelijk) toe of wijst het de bezwaren af?

Het (gedeeltelijk) toewijzen van de bezwaren zal leiden tot een (gedeeltelijke) gegrondverklaring van het bezwaarschrift. Het gevolg hiervan is volgens artikel 7:11 lid 2 Awb de herroeping van het bestreden besluit. Damen e.a. geven aan dat herroepen praktisch gezien gelijk is aan intrekken of vernietiging.¹²³ Artikel 7:11 lid 2 bepaalt vervolgens dat, als dat nodig is, het bestuursorgaan een nieuw besluit moet nemen. De belanghebbende moet echter niet bij voorbaat juichen bij een gegrondverklaring gevolgd door herroeping en een nieuw besluit. Het bestuursorgaan kan in het nieuwe besluit bijvoorbeeld de motivering van een afwijzing verbeteren, maar de beslissing om de vergunning niet te verlenen in stand laten. De afwijzing van de bezwaren zal niet leiden tot herroeping van het besluit. Het bezwaarschrift wordt ongegrond verklaard en het besluit blijft in stand.

Een nieuw besluit heeft in beginsel geen terugwerkende kracht. Ter illustratie: een standplaatsvergunning was in eerste instantie geweigerd en na bezwaar alsnog verleend zonder terugwerkende kracht. De rechter vond dit een juiste beslissing.¹²⁴ Deze regel geldt uiteraard niet als de wetgeving bepaalt dat vergunningen met terugwerkende kracht kunnen worden verleend. Het douanerecht kent een dergelijke bepaling, artikel 508, lid 1 Verordening (EEG) 2454/93 (PbEG 1993, L253/1).

¹²¹ Van Buuren 2009 (T&C Awb), aant. 2 bij art. 7:11.

¹²² Damen e.a. 2009 (2), p. 197.

¹²³ Damen e.a. 2009 (2), p. 200.

¹²⁴ ABRvS 19 oktober 2005, *LJN AU4604*.

6.5 Beroep

Na afronding van de bezwaarfase moet een belanghebbende die de buit (nog) niet binnen heeft kiezen. De keuze is berusten in het oordeel van het bestuursorgaan of verder gaan. Het laatste betekent in beroep gaan. Beroep speelt zich af buiten de muren van het bestuursorgaan. Het is de onafhankelijke rechter die nu het geschil beoordeelt en een uitspraak zal doen, zo bepalen artikel 1:5 lid 3 en 1:4 lid 1 Awb. De partijen in het geschil zijn belanghebbende(n) en het bestuursorgaan. Het is altijd een belanghebbende die het initiatief neemt om beroep in te stellen. Dit gebeurt op grond van artikel 6:4 lid 2 Awb door het indienen van een beroepschrift. Ik beperk me bij de verdere bespreking van beroep tot de wijze waarop de rechter het besluit waartegen belanghebbende in beroep is gekomen toetst.

6.6 Toetsing in beroep

Het beroep richt zich tegen het besluit dat op het bezwaarschrift is genomen. Dit geldt natuurlijk niet als de UOV is doorlopen of wanneer om een andere in paragraaf 2.4. genoemde reden de bezwaarfase is overgeslagen. In die gevallen wordt het primaire besluit getoetst.

Artikel 8:69 Awb is het uitgangspunt van de bestuursrechterlijke toetsing. De toetsing gebeurt op grondslag van het beroepschrift, de overgelegde stukken, het verhandelde tijdens het vooronderzoek en het verhandelde tijdens het onderzoek ter zitting. Borman noemt dit de “buitengrens” van de omvang van het geschil. Het betekent dat de onderdelen van het besluit waartegen belanghebbende niet in het geweer komt bij de behandeling van het beroep in beginsel niet aan de orde mogen komen.¹²⁵ Artikel 6:13 Awb bevat nog een verdere beperking van de “buitengrens”. Belanghebbende kan alleen beroep instellen tegen die onderdelen van het besluit die hij eerder in de bezwaarfase of in de UOV aan de orde heeft gesteld. Hij kan in beroep in beginsel echter wel nieuwe beroepsgronden en nieuwe bewijsmiddelen tegen die onderdelen inbrengen.¹²⁶ De rechter is op grond van het tweede en derde lid van artikel 8:69 verplicht om de rechtsgronden aan te vullen en mag ambtshalve de feiten aanvullen, mits hij daarbij de eerder genoemde buitengrens niet overschrijdt.

¹²⁵ Borman 2009 (T&C Awb), aant. 1 en 2 bij art. 8:69.

¹²⁶ *Kamerstukken II* 2004/05, 29 421, nr. 11, p. 3.

Aanvulling van de rechtsgronden houdt in dat de rechter zelfstandig de rechtsgronden toepast die de belanghebbende niet heeft genoemd in zijn beroepsschrift of ter zitting.¹²⁷

De sleutelwoorden van de daadwerkelijke toetsing zijn terughoudendheid, ex-tunc en de reformatio in peius. Als eerste de terughoudendheid die de rechter moet betrachten. Hij zal zich beperken tot de toetsing van de rechtmatigheid van het besluit. De rechtmatigheidstoets geldt zowel voor de wijze waarop het besluit tot stand is gekomen (de formele kant) als de inhoud ervan (de materiële kant). De terughoudendheid geldt vooral als het bestuursorgaan beslissingsruimte heeft. De rechter mag niet treden in de politiekbeleidsmatige kanten van de zaak. Het afwegen van belangen is dan ook voorbehouden aan het bestuur. Het geschil kan (deels) gaan over de interpretatie van een wettelijke bepaling. In dat geval moet de rechter toetsen of het bestuursorgaan de bepaling juist heeft geïnterpreteerd, ook als het bestuursorgaan beslissingsruimte heeft. In geschillen over gebonden besluiten of beschikkingen kan de rechter wel volledig toetsen. De belastingrechter zal vaak vol kunnen toetsen omdat een belastingaanslag een gebonden beschikking is.

De bestuursrechtelijke toetsing is ex-tunc. Het moment waarnaar de rechter toetst is dus het moment waarop het aangevochten besluit tot stand is gekomen.¹²⁸ In beroep geldt ook het beginsel dat de indiener van het beroepsschrift niet slechter mag worden van het beroep, van “reformatio in peius”. In paragraaf 6.3.2. staat meer informatie over dit beginsel.

6.7 De Europese kant van bezwaar en beroep

Stelt het Europese recht andere eisen aan de wijze van de behandeling van een bezwaarschrift dan de hierboven genoemde in ons Nederlandse recht? Of aan de toetsing in beroep? Met andere woorden, moet een zaak die zich afspeelt binnen de rechtsorde van de Europese Unie in bezwaar ook volledig en ex-nunc worden getoetst? En moet de rechter een dergelijk geschil ook ex-tunc toetsen?

In Europese verordeningen staan soms bepalingen waarin het recht op bezwaar en beroep is opgenomen. Een voorbeeld hiervan is artikel 243 van de Verordening (EEG) 2913/92 (PbEG 1992, L302/1). Lid 2 letter a bepaalt dat er een bezwaarfase en een beroepsfase moeten zijn, echter zonder er procedurevoorschriften aan te koppelen.

¹²⁷ Damen e.a. 2009 (2), p. 237.

¹²⁸ Damen e.a. 2009 (2), p. 248.

Jans e.a. geven aan dat de invloed van Europa op het bestuursprocesrecht gering is. Het in paragraaf 2.5. genoemde beginsel van nationale institutionele autonomie en de in dezelfde paragraaf beschreven procedurele autonomie zijn van toepassing. De nationale rechter zal in Europese zaken wel het gelijkwaardigheidsbeginsel en het effectiviteitsbeginsel moeten respecteren.¹²⁹ Deze beginselen heb ik eveneens in paragraaf 2.5. besproken.

6.8 Afsluiting

Dit hoofdstuk stelde de bezwaarfase en, in mindere mate, de beroepsfase centraal. Hiermee, en met de informatie over de hoorverplichting uit de hoofdstukken 3, 4 en 5, ga ik naar het volgende hoofdstuk. In het volgende hoofdstuk ga ik de overeenkomsten en verschillen tussen de hoorplicht, de bezwaarfase en de beroepsfase benoemen.

¹²⁹ Jans e.a. 2002, p. 365-366.

7 Dubbel werk?

Ik beschreef in de vorige hoofdstukken de verschillende hoorverplichtingen, wat het bestuursorgaan met de uitkomsten ervan moet doen en ten slotte het bezwaar en beroep. Vanaf dit hoofdstuk werk ik toe naar de beantwoording van de centrale vraag van het onderzoek. Ik ga eerst onderzoeken of er werkelijk sprake is van overlap tussen de diverse hoorverplichtingen en de bezwaarfase. Met andere woorden: is er sprake van dubbel werk?

7.1 Overlap tussen hoorverplichtingen en de bezwaarfase?

Is er een moment dat een bestuursorgaan in de bezwaarfase (min of meer) hetzelfde doet als na het horen in de voorbereidingsfase? Als die situatie zich voordoet, is dat wat mij betreft een signaal om na te denken over mogelijke veranderingen. Dit is een logisch gevolg van de formulering van de centrale vraag van mijn onderzoek.

Ik schreef in de hoofdstukken 5 en 6 dat zowel in de bezwaarfase als in de voorbereidingsfase sprake is van opnieuw overwegen, dus heroverwegen. Ik vind dit echter niet voldoende om te concluderen dat er sprake is van (min of meer) hetzelfde doen. Het is ook belangrijk om vast te stellen of er ook met betrekking tot de volledige heroverweging en de in de subparagrafen 6.3.1. t/m 6.3.3. beschreven uitgangspunten van de heroverweging in de bezwaarfase sprake is van overlapping. Ik ga dit in de volgende twee paragrafen doen en begin daarbij bij elk onderwerp steeds met de bezwaarfase. Vervolgens komt de hoorplicht in de voorbereiding aan de orde en als laatste per onderwerp een afronding. Ik laat hierbij de UOV en Vreemdelingenwet buiten beschouwing.

7.2 Vergelijking van de uitgangspunten van de heroverweging in de bezwaarfase met de voorbereidingsfase

7.2.1 Volledige heroverweging

Deze vergelijking heb ik al gemaakt in de subparagraaf 5.3.2. en 5.3.3. Ik stelde daar vast dat in de bezwaarfase sprake is van volledige heroverweging waarbij niet alleen de rechtmatigheid van het besluit wordt getoetst, maar ook het beleid hierin moet worden betrokken. Na de hoorplicht kan er formeel geen sprake zijn van het

heroverwegen van een besluit omdat er geen besluit is. Het bestuursorgaan heroverweegt echter wel omdat het onderzoekt of wijziging van het voorgenomen besluit nodig is. Hierbij worden eveneens de rechtmatigheid en beleid betrokken.

De conclusie is dat zowel in de bezwaarfase als in de voorbereidingsfase sprake is van volledige heroverweging.

7.2.2 “Op grondslag van het bezwaarschrift”

Ik beschreef dit onderwerp in subparagraaf 6.3.1. De kern hiervan is dat in beginsel alleen de onderdelen van het besluit die belanghebbende in zijn bezwaarschrift ter discussie stelt door het bestuursorgaan mogen worden heroverwogen.

Het horen in de voorbereidingsfase is nationaal vooral bedoeld om (nog ontbrekende) informatie te verzamelen. De Europese variant heeft echter een rechtsbeschermend karakter, bijvoorbeeld door rechten als het verbod op zelfincriminatie en legal privilege. Echter, ook bij toepassing van de Europese hoorplicht moet het besluit nog worden genomen.

De verdere besluitvorming na het horen kan niet plaatsvinden op, laten we het noemen, “op grondslag van de zienswijze van belanghebbende”. De reden hiervoor is de verplichting tot het nemen van een rechtens juist besluit. Tot op het laatst van de besluitvorming moet het bestuursorgaan rekening houden met alle feiten, omstandigheden en belangen. Het lijkt mij echter niet vreemd en onbegrijpelijk dat een bestuursorgaan dat het horen is ingegaan met een conceptbesluit of veel informatie over het te nemen besluit aan belanghebbende heeft verstrekt heroverweegt aan de hand van de zienswijze van belanghebbende.

De conclusie is dat er een verschil is tussen de bezwaarfase en de voorbereidingsfase. In de voorbereidingsfase is de heroverweging ruimer en kan zich uitstrekken over alle onderdelen van het besluit. Het is niet ondenkbaar dat in de praktijk het verschil moet worden genuanceerd omdat het bestuursorgaan zich zal concentreren op de zienswijze van belanghebbende.

7.2.3 Niet slechter worden van indienen van een bezwaarschrift (reformatio in peius)

Het beginsel van reformatio in peius, dat ik in subparagraaf 6.3.2. besprak, houdt in dat de belanghebbende in beginsel niet slechter mag worden van het indienen van zijn bezwaarschrift.

Dit uitgangspunt kan na het horen in de voorbereidingsfase naar mijn mening niet gelden. De reden hiervoor is simpel. Het besluit moet nog worden genomen en het te

nemen besluit behoort een rechtens juist besluit zijn. De nieuwe informatie zou bijvoorbeeld feiten kunnen bevatten die nopen tot een voor belanghebbende slechter besluit. Hoewel het horen op dit moment alleen moet plaatsvinden als het bestuursorgaan een besluit wil nemen dat voor belanghebbende meestal niet gunstig is, kan het uiteindelijke besluit dus nog slechter uitpakken. Het vertrouwensbeginsel zou overigens een slechter besluit nog kunnen verhinderen.

Ook op dit punt is er dus een verschil tussen de bezwaarfase en de voorbereidingsfase.

7.2.4 Toetsing ex nunc

Zoals aangegeven in subparagraaf 6.3.3. vindt de toetsing in bezwaar in beginsel ex-nunc plaats. De besluitvorming in de voorbereidingsfase vindt per definitie altijd plaats naar de actuele feiten, omstandigheden en belangen. Het besluit moet immers nog worden genomen. Een andere werkwijze zou in strijd zijn met artikel 3:4 lid 1 Awb, de belangenafweging.

Er is dus in beginsel geen verschil tussen de wijze van toetsen in bezwaar en in de “heroverweging” na het horen. De uitzonderlijke toetsingen ex-tunc in de bezwaarfase gelden niet na het horen.

7.3 Afsluiting

De vraag in de eerste paragraaf van dit hoofdstuk luidde of er een moment is dat een bestuursorgaan in de bezwaarfase (min of meer) hetzelfde doet als na het horen in de voorbereidingsfase. Ik vind dat er dusdanige overeenkomsten zijn, dat je kunt spreken van overlap tussen de heroverweging in de bezwaarfase en wat een bestuursorgaan moet doen nadat het belanghebbende heeft gehoord.

De overlapping komt vooral door de volledige heroverweging, hoewel deze in de bezwaarfase wordt beperkt door het principe “op grondslag van het bezwaarschrift”, en de toetsing ex-nunc. De uitgangspunten met betrekking tot deze twee punten zijn (vrijwel) gelijk. De kans dat dit leidt tot herhaling van zetten en doublures is dan naar mijn mening groot. Dit leidt tot tijdverlies en frustratie. Dit signaal is ook afgegeven door de Commissie evaluatie Algemene wet bestuursrecht. Het heeft geleid tot de mogelijkheid om vrijwillig de bezwaarfase over te slaan.¹³⁰ Ook bij de beslissing om in

¹³⁰ *Kamerstukken II 2000/01, 27 563, nr. 3, p. 2-3 (MvT).*

de UOV de bezwaarfase over te slaan was dit een belangrijke overweging.¹³¹ Mijn hierboven gedane constatering vind ik vergelijkbaar.

Er zijn echter ook verschillen. Deze zijn naar mijn mening van minder belang voor de vraag of verandering wenselijk is. De heroverweging op grondslag van het bezwaar en het beginsel van reformatio in peius zijn het gevolg van het feit dat er een besluit ten grondslag ligt aan het bezwaarschrift. Het zou vreemd zijn als besluitvorming in de voorbereidingsfase door deze twee punten zou worden beperkt. Het wel toepassen zou kunnen verhinderen dat er een rechtens juist besluit wordt genomen. Het schrappen van de reformatio in peius heeft ook geen rol gespeeld bij bijvoorbeeld de komst van het vrijwillig overslaan van de bezwaarfase. In de verhouding tussen bestuursorgaan en belanghebbende blijft het vertrouwensbeginsel een rol spelen. Hierdoor kan eventueel door het bestuursorgaan op enig moment opgewekt vertrouwen waaraan belanghebbende rechten kan ontleen niet meer ongedaan worden gemaakt.

De geconstateerde overlapping is voor mij reden om verder te gaan. Hoe kan die worden vermeden, welke effecten heeft dit en wat moet uiteindelijk de conclusie zijn. In het volgende hoofdstuk ga ik hiermee verder.

¹³¹ *Kamerstukken II* 1999/00, 27 023, nr. 3, p. 3 (MvT).

8 Veranderen: effecten en wat

In het vorige hoofdstuk constateerde ik een overlapping tussen de werkzaamheden bij de hoorplicht en in de bezwaarfase. Dit impliceert dat veranderingen wenselijk zijn. Wat zou er dan moeten veranderen? Zou je de bezwaarfase alleen moeten afschaffen als er volgens de nu geldende wetgeving en jurisprudentie een hoorplicht bestaat in de voorbereidingsfase? Of zou je misschien nog iets verder moeten gaan en de hoorplicht uitbreiden met gelijktijdige uitschakeling van de bezwaarfase voor de nieuwe “hoorplichtgevallen”. Of moet je het andersom bekijken, de hoorplicht afschaffen en de bestuurlijke heroverweging geheel overlaten aan de bezwaarfase?

Ik ga deze vragen in dit hoofdstuk beantwoorden. Ik doe dat in het tweede deel. In het eerste deel ga ik de effecten bespreken die optreden als de bezwaarfase vervalt. Ik bespreek zowel voor- als de nadelige effecten.

8.1 Effecten van het afschaffen van de bezwaarfase

Het afschaffen van de bezwaarfase heeft effecten. Er wordt dan een complete fase uit het proces van achtereenvolgens voorbereiding, bezwaar en beroep gehaald. Ik beschreef in paragraaf 6.2. het karakter en de functies van de bezwaarfase. Met het wegvallen van de bezwaarfase verdwijnen deze functies. Maar wellicht kunnen ze in de voorbereidingsfase een rol spelen. Er zijn ook een aantal andere effecten, zoals de rol van adviescommissies. Ik zal de gevolgen voor de functies van de bezwaarfase in de volgende paragraaf behandelen. Daarna volgen de andere effecten.

8.2 Effecten voor het karakter en de functies van de bezwaarfase

8.2.1 Rechtsbescherming

Ik beschreef in subparagraaf 2.1.2. in het kort het waarom van rechtsbescherming tegen de overheid. Burgers moeten worden beschermd tegen onjuiste beslissingen van de overheid. Damen e.a. noemt als beginsel van het stelsel van rechtsbescherming de bestuurlijke heroverweging voorafgaand aan de rechterlijke toetsing.¹³² De bezwaarfase vervult deze rol en heeft, zoals ik schreef in paragraaf 6.2., het karakter van rechtsbescherming.

¹³² Damen e.a. 2009 (2), p. 59-60.

Het vervangen van de bezwaarfase door een zwaardere hoorplicht leidt mogelijk tot nadelen voor de burger omdat er dan sprake kan zijn van minder rechtsbescherming. Het hierboven door Damen e.a. bedoelde beginsel is echter vandaag de dag niet absoluut. De bezwaarfase moet soms verplicht worden overgeslagen (UOV, Vreemdelingenwet 2000) en kan vrijwillig worden overgeslagen (artikel 7:1a Awb). Het overslaan van de bezwaarfase in de UOV wordt verantwoord met het argument dat belanghebbenden ruimschoots de gelegenheid hebben gehad om hun zienswijze naar voren te brengen en de bezwaarschriftenprocedure doorgaans niet veel zal toevoegen aan wat al bekend is.¹³³ De regering schrijft in de Memorie van toelichting bij de Wet rechtstreeks beroep ongeveer hetzelfde: “Zoals in het kabinetsstandpunt evaluatie Awb is aangegeven is de regeling vooral bedoeld voor gevallen waarin in de primaire fase reeds een zodanig uitputtende gedachtewisseling tussen bestuur en belanghebbende heeft plaatsgevonden, dat de bezwaarschriftprocedure daaraan weinig of niets meer kan toevoegen, terwijl tevens vaststaat dat het besluit nog altijd in geschil is.”¹³⁴ In het verleden zijn er dus al argumenten gevonden om de bezwaarfase te laten vervallen. Ze hebben sterke gelijkenis met het min of meer dubbele werk dat ik in hoofdstuk 7 beschreef, n.l. de dubbele heroverweging.

Goede bestuurlijke heroverweging en dus een goede afronding van het bestuurlijke traject moet naar mijn mening het uitgangspunt blijven.

8.2.2 Zeeffunctie

De bezwaarfase zorgt ervoor dat een groot deel van de bestuurlijke geschillen nog in de bestuurlijke omgeving worden opgelost. Deze geschillen komen niet bij de bestuursrechter, bezwaar is het “eindpunt”.

De Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (NVvR) reageerde minder positief op het regeringsvoorstel voor artikel 7:1a Awb vanwege ondermeer het wegvallen van de zeeffunctie. Dit zou leiden tot een grotere werklast voor bestuursrechters.¹³⁵ Ik denk dat het afschaffen van de bezwaarfase geen gevolgen hoeft te hebben voor deze functie. Hij komt waarschijnlijk automatisch terug in de hoorplicht. Het horen is dan immers de laatste stap in de bestuurlijke omgeving. Bestuursorganen en belanghebbenden zullen deze stap belangrijker gaan vinden. Wellicht heeft de

¹³³ *Kamerstukken II* 1999/00, 27 023, nr. 3, p. 3 (MvT).

¹³⁴ *Kamerstukken II* 2000/01, 27 563, nr. 3, p. 3 (MvT).

¹³⁵ *Kamerstukken II* 2000/01, 27 563, nr. 3, p. 2 (MvT).

hoorplicht zelfs nu al een zeeffunctie waardoor belanghebbenden niet in bezwaar komen!

Goede en volledige informatievoorziening vooraf verkleint naar mijn mening de kans dat er een verschil van mening blijft bestaan. De informatievoorziening aan de belanghebbende is daarom uitermate belangrijk. Deze moet goed en volledig zijn. Het bestuursorgaan moet zoveel mogelijk vermijden dat een belanghebbende later, na de hoorzitting, met verrassingen wordt geconfronteerd. Daarnaast moet aan belanghebbende voldoende tijd worden gegund om zich op het inbrengen van de zienswijze te kunnen voorbereiden. Regelgeving met betrekking tot deze twee punten is dan ook gewenst.

8.2.3 Verduidelijkingsfunctie

Deze functie heeft tot doel om de behandeling in beroep eenvoudiger te maken door in de bezwaarfase de punten van geschil scherp af te bakenen en een goed dossier te vormen. Het verdwijnen hiervan was ook een reden voor een gereserveerde reactie van de NVvR. De reden is gelijk aan die bij de hiervoor genoemde zeeffunctie, n.l. de te verwachten hogere werklast voor de bestuursrechter.¹³⁶

Ook deze functie hoeft volgens mij niet te verdwijnen. De hoorfunctie zou zo moeten worden ingekleed dat na afronding van het besluitvormingsproces duidelijk is waarover een eventueel gebleven geschil gaat. Volledige en goede informatie vooraf is ook hier van groot belang, net zoals bij de hiervoor besproken zeeffunctie.

8.2.4 Leerfunctie

De bezwaarfase stelt het bestuursorgaan in staat om nog in de bestuurlijke fase te leren van gemaakte fouten. Het lijkt me dat dit ook kan van de resultaten van het horen in de voorbereidingsfase, zelfs zonder verzwaarde procedure.

8.3 Andere effecten

8.3.1 Geen dubbele heroverweging

Ik concludeerde aan het eind van het vorige hoofdstuk dat je kunt spreken van overlapping tussen de heroverweging in de bezwaarfase en de activiteiten van een bestuursorgaan nadat belanghebbende is gehoord. In de laatstgenoemde situatie vindt ook heroverweging plaats. Het afschaffen van de bezwaarfase betekent dat deze

¹³⁶ *Kamerstukken II 2000/01, 27 563, nr. 3, p. 2 (MvT).*

dubbele heroverweging vervalt. In hoofdstuk 6 staat meer informatie over heroverweging en in hoofdstuk 5 over heroverweging na het horen.

8.3.2 Kwaliteit van de besluitvorming

Als de hoorprocedure verplicht de laatste fase in de bestuurlijke omgeving is zullen de deelnemers alle aandacht hieraan moeten besteden. Het is immers niet meer mogelijk om eventuele negatieve effecten van een besluit te bestrijden in de bezwaarfase. Dit kan de besluitvorming in de voorbereidingsfase ten goede komen. De kans dat het juiste besluit wordt genomen neemt naar mijn mening toe.

8.3.3 Snellere besluitvorming

Het doorlopen van de voorbereidingsfase inclusief horen, de bezwaarfase en eventuele daarop volgende beroepsfases kost de nodige tijd, enige jaren is heel normaal. Zelfs als de procedure beperkt blijft tot voorbereidingsfase inclusief horen en bezwaarfase is daar behoorlijk wat tijd mee gemoeid. Als alles binnen de in de Awb voorgeschreven termijnen gaat, kost dit 20 weken, gerekend vanaf het indienen van de aanvraag.¹³⁷ Als er in de bezwaarfase een commissie adviseert komen daar maximaal 6 weken extra bij. Het kan nog langer duren omdat het bestuursorgaan de beslissing op bezwaar zonder instemming van de bezwaarmaker mag verdagen. Deze verdaging leidt tot een verlenging van maximaal 6 weken. Verdere verdaging is mogelijk, maar dan met instemming van de bezwaarmaker.

Het laten vervallen van de bezwaarfase zal leiden tot het sneller doorlopen van de procedure. Theoretisch wordt het proces met maximaal 12 weken ingekort. Dit vind ik echter niet erg reëel. Een zwaardere hoorplicht met aansluitende heroverweging kost enige extra tijd. Ik vind daarom verlenging van de beslistermijn verdedigbaar.

8.3.4 Dejuridisering

Dejuridisering was een van de uitgangspunten bij de totstandkoming van de UOV. De regering beoogde hiermee procedures te vereenvoudigen en de bestuurlijke besluitvorming te versnellen.¹³⁸ In het wetsvoorstel rechtstreeks beroep gebruikte de regering deze argumenten ook.¹³⁹

¹³⁷ 8 weken (artikel 4:13 lid 2 Awb) + 6 weken (artikel 6:7 Awb) + 6 weken (artikel 7:10 lid 1 Awb) = 20 weken.

¹³⁸ *Kamerstukken II* 1999/00, 27 023, nr. 3, p. 1-2 (MvT).

¹³⁹ *Kamerstukken II* 2000/01, 27 563, nr. 3, p. 1 (MvT).

Het schrappen van de bezwaarfase is in elk geval een vereenvoudiging. Een daarvoor in de plaats komende zwaardere hoorplicht zal wellicht iets minder eenvoudig zijn. Het in paragraaf 3.6. beschreven doel van de regering, een niet al te formele hoorplicht, zal naar mijn mening enigszins moeten worden losgelaten. In de hoorplicht moeten meer procedurele waarborgen voor belanghebbende worden ingebouwd. Ik kom hierop terug in paragraaf 8.5. De hoorplicht blijft zich echter afspelen binnen de minder zwaar juridisch getinte voorbereidingsfase. Het met elkaar in gesprek zijn of het in een minder zwaar juridisch getinte omgeving kunnen reageren, draagt volgens mij bij aan een meer gelijkwaardige verhouding tussen bestuur en burger. Ik denk dat belanghebbenden dit als positief zullen ervaren.

8.3.5 Zwaardere belasting van het bestuur

Als bestuursorganen verplicht worden om bij alle of een veel groter deel van de te nemen besluiten te horen, heeft dat ongetwijfeld tot gevolg dat zij veel zwaarder zullen worden belast. Dit staat niet in verhouding tot de inspanningen die bestuursorganen nu moeten leveren in de bezwaarfase. Het overgrote deel van de door bestuursorganen genomen besluiten komt immers niet in de bezwaarfase terecht. De kosten (en tijdverlies) waren voor de regering een belangrijke reden om niet over te gaan tot het instellen van een algemene hoorverplichting.¹⁴⁰

De zwaardere belasting van het bestuur is een absoluut niet te verwaarlozen punt bij het denken over vervanging van de bezwaarfase door een zwaardere hoorplicht. Het is wel van belang te onderkennen dat dit effect alleen optreedt als alle of meer voorgenomen besluiten onder de hoorplicht gaan vallen. Als er met betrekking tot de gevallen waarin moet worden gehoord niets veranderd, betekent afschaffing eerder een verlichting van de lasten voor het bestuur.

8.3.6 Proceskostenvergoeding

Artikel 7:15 lid 2 Awb maakt in bepaalde gevallen vergoeding mogelijk van de kosten die belanghebbende heeft moeten maken in verband met de behandeling van het bezwaarschrift. Een dergelijke regeling is er niet met betrekking tot het horen in de voorbereidingsfase. De mogelijkheid van proceskostenvergoeding in de bezwaarfase is overigens beperkt. Alleen een herroeping van het bestreden besluit op grond van een onrechtmatigheid die aan het bestuursorgaan is te wijten kan leiden tot vergoeding van kosten.

¹⁴⁰ *Kamerstukken II 1988/89, 21 221, nr. 3, p. 146 (MvT).*

8.3.7 Rol van adviescommissies

Artikel 7:13 Awb regelt dat het bestuursorgaan zich met betrekking tot het bezwaarschrift kan laten adviseren door een adviescommissie. Bestuursorganen maken veelvuldig gebruik van dergelijke commissies. Het inschakelen van een adviescommissie zorgt voor een enigszins onafhankelijke behandeling van het bezwaarschrift. De voorzitter van de adviescommissie mag volgens artikel 7:13 lid 1 letter b Awb geen deel uit maken van het bestuursorgaan en daar ook niet werkzaam zijn. Het bestuursorgaan heeft alle vrijheid om af te wijken van het advies. Lid 7 van artikel 7:13 Awb bepaalt wel dat dit moet worden gemotiveerd. Uit onderzoek uit 1997 bleek dat de gemeente Groningen een advies meestal overneemt.¹⁴¹

De voorbereidingsfase kent in afdeling 3.3. Awb ook de mogelijkheid van onafhankelijke advisering. Deze heeft wel een wat ander karakter dan de adviescommissie in de bezwaarfase. Het gaat in afdeling 3.3. bijvoorbeeld over advisering door deskundigen zonder dat er al verschil van mening is tussen belanghebbende en bestuursorgaan. In de bezwaarfase adviseert de commissie over het geschil.

Je zou kunnen regelen dat een adviescommissie wordt ingeschakeld als de hoorplicht in de plaats komt van de bezwaarfase. Dit leidt wel tot een vergelijkbaar effect als ik in subparagraaf 8.3.4. heb besproken, n.l. zwaardere belasting van adviescommissies. Bovendien vertraagt het de besluitvorming. Een adviescommissie moet immers enige tijd krijgen om te kunnen adviseren.

8.3.8 Voordelige en nadelige effecten

De in de vorige paragraaf genoemde effecten kunnen voordelig maar ook nadelig zijn. De mogelijke mindere rechtsbescherming, de zwaardere belasting van het bestuur, de verminderde rol van adviescommissies en het niet meer vergoeden van kosten hebben nadelige kanten. Het vervallen van de dubbele heroverweging, de snellere besluitvorming en de dejuridisering zijn daarentegen zondermeer positief te noemen. De zeeffunctie, de verduidelijkingsfunctie en de leerfunctie kunnen bij een zwaardere hoorplicht blijven bestaan, maar op een ander moment.

¹⁴¹ Borgers, Winter & De Ridder 1997, p. 15 en 25.

8.4 Invulling van een zwaardere hoorplicht

Welke eisen stel je aan een zwaardere hoorplicht zodat hij als een aanvaardbare vervanging van de bezwaarfase kan functioneren. Ik zal hieronder de naar mijn mening minimale eisen hiervoor beschrijven. Ik heb zowel gekeken naar de kant van belanghebbenden als die van het bestuursorgaan. Het laatste is vooral van belang voor de kwaliteit van de besluitvorming.

8.4.1 Informatie vooraf

Een belanghebbende gaat de bezwaarfase in met in elk geval een besluit met bijbehorende motivering. Als de bezwaarfase wordt vervangen door de hoorplicht moet er, ter voorbereiding op het horen, iets vergelijkbaars zijn. Zonder goede en volledige informatie vooraf kan de hoorplicht de bezwaarfase dus niet vervangen.

De informatieplicht van bestuursorganen aan belanghebbenden is bij sommige hoorverplichtingen goed geregeld in wetgeving of door de jurisprudentie. De Europese hoorplicht, de UOV, de hoorplicht bij het opleggen van een zware bestuurlijke boete en de hoorplicht in de vreemdelingenwetgeving verplichten het bestuursorgaan tot het verstrekken van informatie vooraf. Maar juist bij onze nationale algemene hoorplicht lijken de waarborgen minder. Enig houvast biedt de in subparagraaf 3.6.3. genoemde uitspraak van het CBB.¹⁴²

Ik vind het beter als de informatieplicht naar belanghebbenden voor alle nationale situaties wordt geregeld in de Awb. Dit schept duidelijkheid, zowel voor belanghebbenden als voor bestuursorganen. Er zou een bepaling moeten worden opgenomen waarin wordt geregeld dat belanghebbende de beschikking moet krijgen over de in het besluit te nemen beslissing en de daarbij behorende motivering. Dit kan heel goed in de vorm van een ontwerpbesluit, vergelijkbaar met de bepaling van artikel 3:11 lid 1 Awb over de UOV. Verder zou moeten worden voorzien in een inzagerecht van nadere stukken, ook vergelijkbaar met de UOV (artikel 3:11 lid 1 Awb) en de bepalingen van de vreemdelingenwetgeving (artikel 39 lid 1 Vreemdelingenwet 2000). De Europese situaties sluiten hier dan naadloos op aan vanwege het beginsel van procedurele autonomie en de toepassing van het gelijkwaardigheidsbeginsel. Beide beginselen besprak ik eerder in paragraaf 2.5.

¹⁴² CBB 10 juni 2004, AB 2004, 325.

8.4.2 Reactietermijn

Het Europees verdedigingsbeginsel eist dat belanghebbende voldoende tijd krijgt om zijn reactie voor te bereiden. Deze eis kent de UOV in artikel 3:16 lid 1 Awb.

De reactietermijn van de UOV is zes weken. Dit is dezelfde termijn als die voor het indienen van een bezwaarschrift. Het is logisch om deze termijn ook te hanteren in een zwaardere hoorplicht en om deze op te nemen in de Awb.

8.4.3 Vorm van de reactie

Dit zou kunnen blijven zoals het nu in artikel 4:9 Awb is geregeld. Dus naar keuze van belanghebbende schriftelijk of mondeling. Als de belanghebbende kiest voor een mondelinge reactie moet het bestuursorgaan worden verplicht een verslag te maken. Hierdoor ontstaat een verplichting die ook in de bezwaarfase bestaat (artikel 7:7 Awb).

8.4.4 Verlenging beslistermijn

De hoorplicht heeft op dit moment geen invloed op de beslistermijn. Deze is even lang als in een situatie zonder verplicht horen. Het vrijwillig overslaan van de bezwaarfase overeenkomstig artikel 7:1a Awb heeft ook geen invloed op de beslistermijn in de voorbereiding. De beslissing om de bezwaarfase over te slaan valt immers pas na de indiening van het bezwaarschrift. Het ligt dus op het eerste gezicht niet bijzonder voor de hand om de beslistermijn te verlengen.

Ik vind echter dat verlenging van de beslistermijn wel op zijn plaats is om te voorkomen dat het bestuursorgaan nauwelijks tijd krijgt voor de bestudering van de zaak en de heroverweging na het horen. Een verlengde beslistermijn voorkomt naar mijn mening dat het bestuursorgaan bij een hoorverplichting vrijwel automatisch naar artikel 4:14 lid 1 en 3 Awb zal grijpen om de beslistermijn te verlengen.

Twee weken extra vind ik voldoende omdat het bestuursorgaan zich voor het horen al in de zaak heeft verdiept. Al met al leidt dit tot een verlenging van de beslistermijn met in totaal acht weken. Hierin zijn begrepen de zes weken reactietermijn voor belanghebbende en de twee weken extra voor het bestuursorgaan. De redelijke termijn als bedoeld in artikel 4:13 lid 2 Awb wordt dan, indien het bestuursorgaan verplicht moet horen, zestien weken.¹⁴³ Als horen niet verplicht is kan de bestaande termijn van acht weken blijven gelden.

¹⁴³ De huidige 8 weken + 6 weken (reactietermijn) + 2 weken ("heroverwegingstermijn")

8.4.5 Advies

In subparagraaf 8.3.6. schreef ik over het mogelijke negatieve gevolg voor de rol van adviescommissies. Dit effect zou kunnen worden vermeden door de mogelijkheid op te nemen dat niet het bestuursorgaan zelf hoort, maar een adviescommissie. De commissie adviseert vervolgens het bestuursorgaan. Met betrekking tot adviescommissies zou dezelfde regel moeten gelden als nu bij bezwaar: het bestuursorgaan bepaalt of de adviescommissie wordt ingeschakeld. Het is dan dus niet verplicht om dit te doen.

Ik schrijf hier bewust “zou kunnen worden vermeden” omdat ik er geen enthousiast voorstander van ben. Het gebruik van adviescommissies zal leiden tot verlenging van de procedure, net als nu in de bezwaarfase. Artikel 7:10 lid 1 Awb bepaalt dat de beslistermijn in bezwaar dan met vier weken wordt verlengd. Het ligt voor de hand om ook vier weken aan de beslistermijn in de voorbereidingsfase toe te voegen als een commissie adviseert. Die vier weken zijn nodig om de commissie de tijd te geven om zich voor te bereiden op het horen en om een advies op te stellen. Overigens wordt bij de UOV en ook bij de voornemenprocedure in de vreemdelingenwetgeving geen gebruik gemaakt van adviescommissies als in de bezwaarfase.

8.4.6 Afronding

Het aantal aan de Awb toe te voegen bepalingen valt mee. Echt noodzakelijk en nieuw zijn bepalingen over informatievoorziening vooraf, de reactietermijn voor belanghebbende en de verplichting om een verslag te maken als de belanghebbende kiest voor een mondelinge reactie. Eventueel zou ook een bepaling over adviescommissies kunnen worden toegevoegd. De verlenging van de beslistermijn is naar inhoud nieuw, maar kan worden toegevoegd aan artikel 4:13 Awb De heroverweging ligt, zoals ik al in hoofdstuk 5 uitgebreid besprak, besloten in artikel 3:4 Awb, de belangenafweging.

8.5 Conclusie

8.5.1 Bezwaarfase laten vervallen bij huidige hoorplicht

De belangrijkste vraag hierbij is natuurlijk: “biedt een verzwaarde hoorplicht volgens de in de vorige paragraaf beschreven wijze voldoende rechtsbescherming om de bezwaarfase te kunnen vervangen”. Ik vind van wel. De belanghebbende is er zeker van dat één keer heroverweging plaatsvindt in de bestuurlijke omgeving. Hiermee wordt naar mijn mening voldaan aan het in subparagraaf 8.2.1. genoemde beginsel dat

voorafgaand aan de rechterlijke toetsing een bestuurlijke heroverweging plaatsvindt. De procedure is vergelijkbaar met de UOV.

De positie van de belanghebbende in de hoorplicht wordt naar mijn mening versterkt door het wettelijk vastleggen van de informatieplicht vooraf, het vastleggen van termijnen en de verslagleggingsplicht. Hierdoor komen een aantal waarborgen uit de bezwaarfase terug in de hoorplicht. De rol van adviescommissies kan eventueel blijven bestaan zodat deze vorm van onafhankelijkheid kan blijven bestaan. Het bestuursorgaan krijgt daadwerkelijk de gelegenheid om te heroverwegen door een beperkte verlenging van de beslistermijn. En tenslotte, een aantal functies van de bezwaarfase komt naar mijn mening niet op de tocht te staan. Hierdoor blijft het bestuursorgaan in staat om te leren en een eventueel ook na het horen niet opgelost geschil voor te bereiden op de gang naar de rechter. Een nadeel, het vervallen van de vergoeding van kosten weegt voor mij niet zwaar. Deze is in de bezwaarfase toch al zeer beperkt.

Het laten vervallen van de bezwaarfase draagt ook bij aan enige versnelling van het proces. Deze tijdwinst, vier weken, valt wellicht wat tegen. Maar het betekent wel dat er één procedure minder is. Dejuridisering is in deze tijd van horizontalisering van de verhoudingen tussen overheid en burger niet zonder belang. Daarbij zorgt het vervallen van de bezwaarfase ervoor dat een bestuursorgaan geen afwachtende houding meer kan innemen en het op de bezwaarfase kan laten aankomen. De voorbereidingsfase wordt immers beslissend voor de bestuurlijke fase. Daarna is het woord aan de bestuursrechter. Dit zal kunnen bijdragen aan een kwalitatief goede besluitvorming.

Op Europees niveau is het nieuwe douanerecht klaar om de bezwaarfase te gaan afschaffen. Artikel 23 van Verordening (EG) 450/2008 (PbEU 2008, L145/1) verplicht niet langer tot het instellen van een bezwaarmogelijkheid. Dit is een versoepeling ten opzichte van het in paragraaf 6.7. genoemde artikel 243 van de Verordening (EEG) 2913/92 (PbEG 1992, L302/1). Het Handvest voor de grondrechten van de Europese Unie verplicht naar mijn mening ook niet tot het bieden van een bezwaarfase. Het eerste deel van artikel 47 verplicht alleen tot een doeltreffende voorziening in rechte.

Ik merk op dat van een zwaardere belasting van het bestuur in deze variant nauwelijks sprake is. Het aantal hoorgevallen blijft immers gelijk aan nu omdat de huidige regels over wanneer moet worden gehoord ongewijzigd blijven. De extra belasting zit dan voornamelijk in de nieuwe verplichtingen zoals ik die in de vorige paragraaf heb voorgesteld. Anderzijds is er sprake van een behoorlijke ontlasting van bestuursorganen door het wegvallen van het behandelen van bezwaarschriften!

8.5.2 Bezwaarfase laten vervallen kan toch al!

Artikel 7:1a Awb maakt het nu al mogelijk om de bezwaarfase over te slaan en rechtstreeks beroep in te stellen. Belanghebbende kan dus, nadat het bestuursorgaan in de voorbereidingsfase het besluit heeft genomen, direct naar de bestuursrechter. Althans, hij kan dat voorstellen. Het bestuursorgaan en de bestuursrechter moeten er vervolgens mee instemmen. Waarom dan geen stap verder gaan en de bezwaarfase afschaffen voor de gevallen waarin op dit moment de hoorplicht geldt.

De mogelijkheid van rechtstreeks beroep wordt weinig gebruikt, blijkt uit een eerste, overigens beperkte, evaluatie die is gehouden in 2005. Als reden worden o.a. genoemd de beperkte tijdswinst omdat zowel het bestuursorgaan als de bestuursrechter met rechtstreeks beroep moeten instemmen en het daarbij behorende risico dat één van beide dat niet doet. De druk van het aanhangig zijn van een rechtsmiddel is een andere genoemde reden. Hiermee kan belanghebbende het bestuursorgaan onder druk zetten of de uitvoering van het besluit enige tijd tegen houden, ook al is de uiteindelijke beslissing wel duidelijk. Toch worden zogenaamde zware zaken waar al veel overleg heeft plaatsgevonden genoemd als geschikt voor rechtstreeks beroep.¹⁴⁴

Het lijkt mij sterk dat er in het geheel geen behoefte is om te voorkomen dat dingen dubbel worden gedaan. In het verleden is er ook al vaker gepleit om de bezwaarfase verplicht over te slaan. Onder andere door Biesheuvel in zijn artikel "Weg met de bezwaarschriftenprocedure."¹⁴⁵ Het is ook al in de praktijk gebracht zoals blijkt uit de UOV en de procedure in de Vreemdelingenwet 2000. Het is naar mijn mening in het belang van de belanghebbende en de overheid dat er in een zaak zo snel mogelijk duidelijkheid komt. Het met opzet vertragen van de procedure wetende dat de beslissing in bezwaar niets zal veranderen vind ik niet de juiste weg. Ik betwijfel of dit op langere termijn in het belang van belanghebbende is. En niet onbelangrijk: dingen dubbel doen kost onnodig veel tijd en geld. Ik ben dan ook voorstander van, daar wat het kan, enige "dwang" en in die gevallen de huidige vrijblijvendheid van het rechtstreeks beroep te doorbreken.

8.5.3 Nog verder gaan?

Aan het begin van dit hoofdstuk stelde ik ook de vraag of je misschien niet nog verder moet gaan en de hoorplicht moeten uitbreiden met nieuwe situaties. Voor die nieuwe situaties geldt dan ook dat niet meer in bezwaar kan worden gekomen.

¹⁴⁴ Van der Meulen, Litjens & Freriks 2006, p. 43-47, 49-50 en 56.

¹⁴⁵ Biesheuvel 1996, p. 930.

Allereerst moet de vraag worden beantwoord in welke gevallen de hoorplicht dan zou moeten gelden. Ik schreef immers in subparagraaf 8.3.4. dat de zwaardere belasting van het bestuur een niet te onderschatten element is. Alle te nemen besluiten aan de hoorplicht onderwerpen is dan ook geen optie. Wellicht is de formule die het Hof gebruikt voor het Europees verdedigingsbeginsel een bruikbare. Alle besluiten die voor belanghebbende bezwarend zijn en waardoor hij aanmerkelijk in zijn belangen wordt getroffen worden dan hoorplichtig. Toch ontkom je ook dan niet aan een aantal uitzonderingen op deze regel. Die uitzonderingen moeten voorkomen dat zogenaamde beschikkingenfabrieken als de Belastingdienst en uitkeringsorganen bij de voorbereiding van een gigantisch aantal besluiten moeten gaan horen. De uitzonderingen zullen in elk geval moeten inhouden dat de hoorplicht niet geldt bij een financiële beschikking die niet afwijkt van de aangifte of aanvraag. Ook bij een financiële beschikking die slechts gering (in negatieve zin) afwijkt van de gedane aangifte of aanvraag zou de hoorplicht niet moeten gelden. Iets dergelijks zou ook kunnen blijven gelden voor niet-financiële beschikkingen.

Ik vind dat de gevolgen hiervan moeilijk zijn te overzien. Wellicht valt het mee, mede vanwege de nu al geldende verplichtingen op Europees niveau. Maar het kan ook anders uitpakken. Ik blijf echter van mening dat een geschil of misverstand veel beter in de voorbereidingsfase kan worden opgelost dan in bezwaar. Misschien moet er eens een proef worden gedaan bij een aantal bestuursorganen die onder het Rijk vallen en bij een aantal lagere overheden.

8.5.4 Hoorverplichting afschaffen?

Deze vraag stelde ik ook aan het begin van dit hoofdstuk. Ik ben hier tegen. De reden hiervan staat in de vorige subparagraaf. Geschillen en misverstanden kunnen beter maar zo vroeg mogelijk de wereld uit worden geholpen, zonder dat daarvoor een bezwaarschrift moet worden ingediend!

8.6 Rol van de bestuursrechter

Verandert de rol van de bestuursrechter in beroepszaken waarbij de bezwaarfase verplicht is overgeslagen? In paragraaf 6.6. schreef ik dat de bestuursrechter een rechtmatigheidstoets uitvoert en niet moet treden in de belangenafweging. Dit moet zo blijven. De belangenafweging inclusief de volledige heroverweging hoort thuis bij het bestuur.

De bestuursrechter zal wel strenger moeten worden op de naleving van de hoorplicht door het bestuur. De praktijk zoals ik die in paragraaf 3.9. heb beschreven en waarbij de rechter meestal niet zwaar tilt aan het niet horen als dat wel verplicht is, zal moeten veranderen. Als er niet is gehoord waar dat wel moet, zal hij naar mijn mening de zaak moeten terugverwijzen naar het bestuursorgaan. Dit geldt ook als er in de hoorprocedure (ernstige) fouten zijn gemaakt. Artikel 8:51a Awb biedt de mogelijkheid tot terugverwijzen. Het bestuursorgaan kan vervolgens alsnog horen, heroverwegen en nieuw besluit nemen.

9 Afsluiting

De afgelopen hoofdstukken stonden in het teken van de hoorplicht. De belangrijkste vraag was: “moet de mogelijkheid om tegen een besluit bezwaar te maken niet worden vervangen door een altijd geldende en met waarborgen omklede hoorplicht bij de voorbereiding van het besluit”. Dit is ook de centrale vraag van mijn onderzoek.

Na de beschrijving van de nationale en Europese hoorplicht heb ik mij gestort op de vraag of bestuursorganen na het horen moeten heroverwegen. Ik ben tot de conclusie gekomen dat er dan weliswaar geen besluit is, maar dat het bestuursorgaan zich voordat het horen plaatsvindt een oordeel moet hebben gevormd over de inhoud van het te nemen besluit. De verplichting tot belangenafweging blijft tot het nemen van het besluit bestaan. Hierdoor is het bestuursorgaan verplicht om informatie die het tijdens het horen heeft vergaard mee te nemen in de belangenafweging en dus het eerdere voornemen te heroverwegen. De kern van de bezwaarfase is heroverwegen. Ik heb de kenmerken van heroverweging in beide fasen vergeleken. Mijn conclusie is dat er sprake is van dubbel werk. In beide fasen is sprake van heroverwegen. Dubbel werk dus.

Dit betekent dat je moet nadenken over veranderingen en de effecten ervan. Dit heb ik gedaan en ben tot de conclusie gekomen dat het afschaffen van de bezwaarfase zonder veel problemen kan in de situaties waarin nu in de voorbereiding een hoorplicht geldt. Het aardige is dat de meeste functies van de bezwaarfase zonder al te veel problemen deel kunnen gaan uitmaken van de hoorplicht. Dit geldt bijvoorbeeld voor de zeeffunctie, de leeffunctie en de verduidelijkingsfunctie. Het is wel belangrijk dat er in de Awb een aantal bepalingen worden opgenomen die de positie van belanghebbenden versterken. En een bepaling die bestuursorganen in staat stellen om echt werk te maken van de hoorplicht en de daarop volgende heroverweging. Het horen in de voorbereidingsfase krijgt daarmee een zwaardere functie dan nu. Het uitbreiden van de hoorplicht en gelijktijdige afschaffing van de bezwaarfase voor de nieuwe gevallen ligt wat problematischer omdat je moet voorkomen dat bestuursorganen in onnodig veel gevallen moeten gaan horen. Toch is het niet onverstandig hierover te blijven nadenken omdat ik van mening blijf dat je geschillen beter zo snel mogelijk, dus in de voorbereidingsfase, kunt oplossen.

LITERATUURLIJST

Aardema 2003

F.M.D. Aardema, “*De hoorplicht van de artikelen 4:7 en 4:8 Awb: een wettelijke inkleuring van de zorgvuldigheidsnorm in fletse tinten?*”, *JBplus* 2003, p. 50-59.

Addink 1999

G.H. Addink, *Monografieën Algemene wet bestuursrecht, Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, Deventer: Kluwer 1999

Ten Berge 1992

J.B.J.M. ten Berge e.a., *Verklarend woordenboek Openbaar Bestuur*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1992.

Biesheuvel 1996

M.B.W. Biesheuvel, “Weg met de bezwaarschriftenprocedure”, *NJB* 1996, p. 930.

Borgers, Winter & De Ridder 1997

S. Borger, H.B. Winter & J. de Ridder, *Met de nodige bezwaren: een onderzoek naar de behandeling en voorkoming van bezwaarschriften bij de gemeente Groningen*, Groningen: Vakgroep bestuursrecht en Bestuurskunde, Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Rijksuniversiteit Groningen 1997.

Borman 2009

P.J.J. van Buuren & T.C. Borman (red.), *Algemene wet bestuursrecht. Tekst & Commentaar*, Deventer: Kluwer 2009

Burkens e.a. 2006

M.C. Burkens e.a., *Beginnelsen van de democratische rechtsstaat*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2006.

Van Buuren 2009

P.J.J. van Buuren & T.C. Borman (red.), *Algemene wet bestuursrecht. Tekst & Commentaar*, Deventer: Kluwer 2009

Damen e.a. 2009

L.J.A. Damen e.a., *Bestuursrecht deel 1*, 's-Gravenhage: Boom 2009.

Damen e.a. 2009 (2)

L.J.A. Damen e.a., *Bestuursrecht, Deel 2 Rechtsbescherming tegen de overheid, Bestuursprocesrecht*, 's-Gravenhage: Boom 2009.

Gerrits-Janssens 1998

M.P. Gerrits-Janssens, "Het verdedigingsbeginsel en de Mededingingswet", *NTB* 1998, p. 187-198.

Helder 1997

E. Helder, "Bezwaar in de Algemene wet bestuursrecht: door ervaring wijzer?", *Regelmaat* 1997-1, p 20-27.

Jans e.a. 2002

J.H. Jans e.a., *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002.

Koenraad en Sanders 2006

L.M. Koenraad & K.H. Sanders, *Besluiten op bezwaar*, Deventer: Kluwer 2006.

Van der Meulen, Litjens & Freriks 2006.

B.M.J. van der Meulen, M.E.G. Litjens & A.A. Freriks, *Prorogatie in de Awb, Invoeringsevaluatie rechtstreeks beroep*, 's-Gravenhage: Boom Juridische uitgevers 2006.

Notten 1998

J.H.W. Notten, *De Algemene wet bestuursrecht en het maken van bezwaar, Zwaartepunten van een bestuurlijke voorprocedure*, 's-Gravenhage: SDU Uitgevers 1998.

Pennarts 2008

H.F.T. Pennarts, *Beginnelsen van behoorlijk bestuur*, Apeldoorn: Maklu 2008.

Van der Schoot 2009

K.P.H. van der Schoot, "Arrest Sopropé: enige nuanceringen", *WFR* 2009, p. 1432-1435.

Widdershoven 2004

R.J.G.M. Widdershoven, "Rechtsbeginelen in het Europese recht", in: R.J.N. Schössels e.a. (red.), *In beginsel, Over aard, inhoud en samenhang van rechtsbeginselen in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2004.

Widdershoven e.a. 2006

R.J.G.M. Widdershoven e.a., *De Europese agenda van de Awb*, 's-Gravenhage: Boom Juridische Uitgevers 2006.